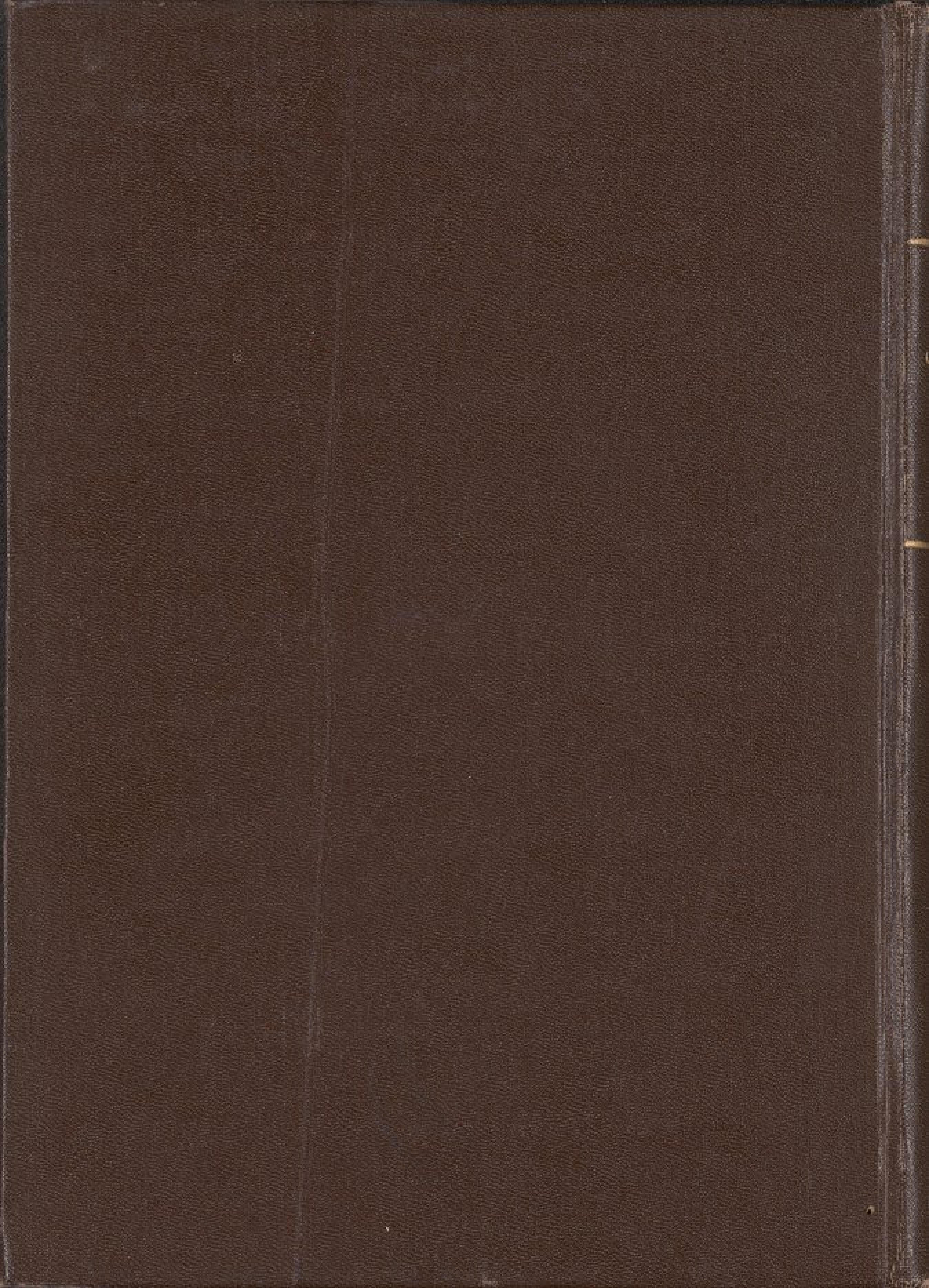
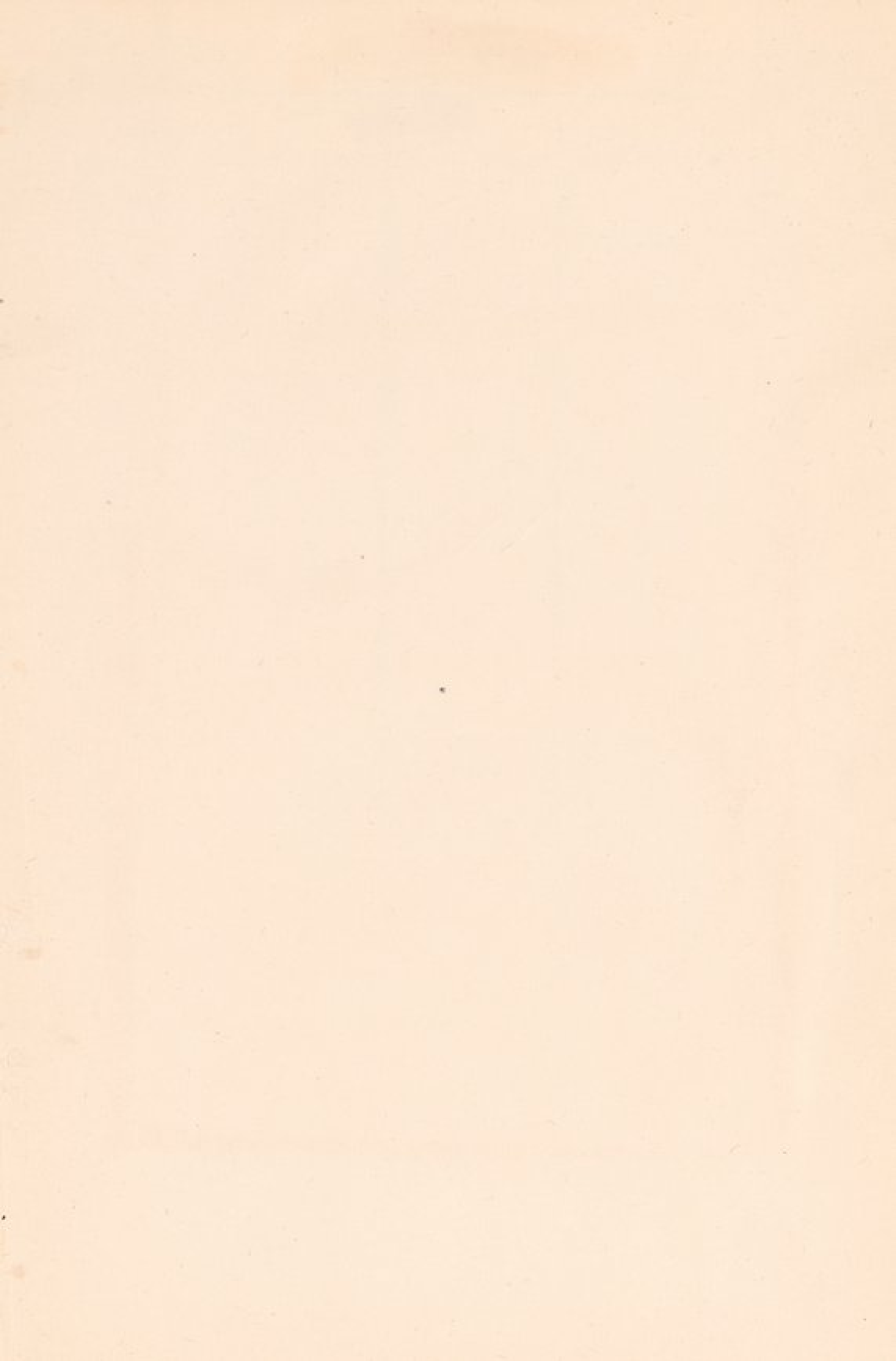
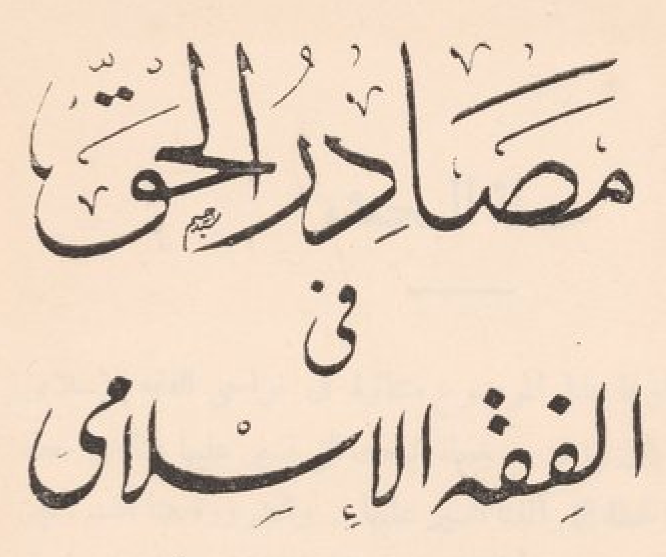




جامعة الدول العربية

معهد الدراسات العربية العالية



دراسة مقارنة بالفقه الغربى الحديث

(٥)

أثر العقد بالنسبة إلى الأشخاص

الخلف العام والخلف الخاص ـ الدعوى البولصية والاعسار
التعهد عن الغير والاشتراطات لمصلحة الغير ـ النيابة فى التعاقد

القاها
الدكتور
عبد الرزاق السنهورى
على طلبة قسم الدراسات القانونية

١٩٥٨

خطة البحث

المسائل التى يتناولها هذا الموضوع متناثرة فى نواحى الفقه الإسلامى المتفرقة ، لا يجمعها باب واحد . وخطة البحث التى نسير عليها هنا هى خطة الفقه الغربى ، وهى الخطة التى ألفنا السير عليها . والضرورة هنا أشد ، فإن الفقه الاسلامى لم تجتمع فيه أطراف هذه المسائل كما نراها مجتمعة فى الفقه الغربى .

فنتولى فى فصلين متعاقبين بسط مايترتب على العقد من الآثار : (أولا) بالنسبة إلى الأشخاص (وثانيا) بالنسبة إلى الموضوع .

الباب الثاني

آثار العقد

الفصل الأول

آثار العقد
بالنسبة الى الأشخاص

العاقد أصيل بنفسه أو نائب عن غيره :

يبرم العاقد العقد إما أصيلا بنفسه، وإما نائبا عن غيره . ويختلف الحكم فى كل من الحالتين .

الفرع الأول

العاقد أصيل بنفسه

المبحث الأول

الفقه الغربى

طوائف ثلاث :

ينصرف أثر العقد إلى العاقدين بالذات ، فهما اللذان تعاقدا ، وهما اللذان أرادا أن ينصرف أثر العقد إليهما . ويجب التوسع فى مفهوم كلمة « العاقدين » ، فالمقصود بالعاقد هنا العاقد نفسه وخلفه العام وخلفه الخاص .

وينصرف أثر العقد أيضا إلى الدائنين لكل من العاقدين ، وذلك بفضل القاعدة التى تقضى بأن جميع أموال المدين ضمان لدائنيه ، فإذا تصرف المدين فزاد فى ماله او أنقصه ، انصرف أثر هذا التصرف إلى الدائنين .

وقد ينصرف أثر العقد أخيرا إلى الغير دون أن يكون طرفا فيه ، ولا يكون ذلك إلا عن طريق أن يكسبه العقد حقا ، وهذا مايعرف بالاشتراط لمصلحة الغير . ولا يجوز أن يرتب العقد التزاما فى ذمة الغير ، وهذا مايعرف بالتعهد عن الغير .

فعندنا إذن طوائف ثلاث ينصرف إليها أثر العقد : (١) الخلف العام والخلف الخاص (٢) الدائنون (٣) الغير فى الاشتراط لمصلحة الغير لا فى التعهد عن الغير .

المطلب الأول

الخلف العام والخلف الخاص

الفرق بين الخلف العام والخلف الخاص :

الخلف العام (ayant-cause a titre universel) هو من يخلف الشخص فى ذمته المالية من حقوق والتزامات ، أو فى جزء منها باعتبارها مجموعا من المال . فالوارث خلف عام للمورث ، لأنه يخلفه فى مجموع أمواله إذا كان هو الوارث الوحيد ، أو فى جزء من هذا المجموع إذا تعددت الورثة . والموصى له بجزء من مجموع التركة ، كالثلث أو الربع ، خلف عام للموصى ، لأنه يخلفه فى جزء من مجموع ماله . فالعبرة فى الخلف العام أنه يخلف السلف فى مجموع من المال .

أما إذا خلفه فى عين معينة بالذات ، دار أو أرض أو سيارة أو نحو ذلك، فهو خلف خاص (ayant-cause à titre particulier) . والخلف العام لايخلف سلفه فى مجموع المال إلا عن طريق الميراث أو عن طريق الوصية . أما الخلف الخاص فيخلف سلفه فى عين معينة بالذات لأسباب كثيرة ، ليس من بينها الميراث إذ الميراث ينقل مجموع المال إلى الوارث لاعينا بالذات فيه . ولكن قد تنتقل العين المعينة بالذات من السلف إلى الخلف بالوصية ، فمن أوصى

لشخص بدار أو أرض أو سيارة أو أى عين أخرى ، فقد جعل منه خلفا خاصا فى هذه العين. وقد تنتقل العين بالعقد ، فمن باع أو وهب عينا لشخص فقد جعل من المشترى أو الموهوب له خلفا خاصا فى العين المبيعة او الموهوبة. وقد تنتقل العين بالشفعة فمن أخذ داراً بالشفعة فهو خلف خاص للبائع ، أو بالحيازة أو بالتقادم فمن ملك منقولا بالحيازة مع حسن النية أو ملك عينا بالتقادم فهو خلف خاص للمالك السابق فى العين التى تملكها بالحيازة أو بالتقادم .

§ ١ — الخلف العام

انصراف أثر العقد الى الخلف العام :

تنص المادة ١٤٥ من التقنين المدنى المصرى على ما يأتى : « ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام ، دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث ، مالم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام » .

ويتبين من هذا النص أن العقد ينصرف أثره إلى الخلف العام ، أى الوارث أو الموصى له بجزء من مجموع التركة ، إلا فى استثناءات معينة .

فإذا باع شخص عينا بثمن مؤجل ، ثم مات قبل أن يقبض الثمن ، فإن الحق فى الثمن المتولد من عقد البيع ينتقل إلى وارثه ، ويكون للوارث أن يطالب المشترى بهذا الثمن عند حلول الأجل كما كان المورث يطالبه به حال حياته ، إذ هو قد خلفه فيه . ويكون له أيضا ، تبعا لذلك ، أن يحبس العين المبيعة حتى يستوفى الثمن إذا كانت العين لا تزال باقية فى التركة ولم تسلم إلى المشترى ، بل وله أن يفسخ البيع وأن يسترد العين إذا لم يقم المشترى بوفاء التزامه .

أما إذا فرضنا أن الذى مات هو المشترى ولا يزال الثمن دينا فى ذمته ،

فإن هذا الدين يبقى فى تركته ولا ينتقل إلى ذمة وارثه ، وذلك وفقا لقاعدة معروفة فى الفقه الإسلامى تقضى بألا تركة إلا بعد سداد الدين ، وهى القاعدة التى يشير إليها النص المتقدم الذكر فى عبارته « دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث » . وسيأتى تفصيل ذلك عند الكلام فى الفقه الإسلامى فى هذه المسألة .

ويترتب على انصراف أثر العقد إلى الخلف العام أنه يسرى فى حقه مايسرى فى حق السلف بشأن هذا العقد ، فلا يشترط ثبوت تاريخ العقد حتى يكون هذا التاريخ حجة له أو عليه ، وفى الصورية يسرى فى حقه العقد الحقيقى دون العقد الصورى .

وقد أشرنا إلى أن هناك استثناءات لاينصرف فيها أثر العقد إلى الخلف العام . وهذه الاستثناءات على قسمين : (١) استثناءات لاينصرف فيها أثر العقد إلى الخلف العام مع بقائه خلفا (٢) واستثناءات لاينصرف فيها أثر العقد إلى الخلف العام لأنه أصبح من الغير .

استثناءات لا ينصرف فيها العقد إلى الخلف العام مع بقائه خلفا :

لاينصرف أثر العقد إلى الخلف العام ، مع بقائه خلفا ، فى الأحوال الثلاث المبينة فى المادة ١٤٥ مدنى السابق ذكرها ، وهى :

أولا — إذا اتفق المتعاقدان على ذلك . فإذا أرادا أن حقا أو التزاما ناشئا عن العقد لا ينتقل إلى الوارث بل يقتصر أثره على شخص المتعاقد ، جاز لهما أن يتفقا على ذلك مادام هذا الاتفاق لايخالف النظام العام ولا الآداب . فيجوز الاتفاق مثلا بين البائع والمشترى على أن يكون للبائع الحق فى استئجار العين المبيعة بأجرة معينة لمدة معينة ، على ألا ينتقل هذا الحق إلى ورثة البائع . كما يجوز أن يلزم المؤجر نفسه نحو المستأجر بوعد ببيع العين المؤجرة خلال مدة الإيجار للمستأجر ، على ألا ينتقل هذا الحق إلى وارث المستأجر إذا مات هذا قبل انقضاء هذه المدة .

ثانيا : إذا كانت طبيعة الحق أو الالتزام الناشىء عن العقد تأبى أن ينتقل

من العاقد إلى خلفه العام . فإذا حصل شخص على حق انتفاع بموجب عقد فإن طبيعة هذا الحق تأبى أن ينتقل الحق إلى ورثته من بعده ، لأن حق الانتفاع ينقضى حتما بموت صاحبه . وكذلك إذا حصل شخص بموجب عقد على إيراد مرتب طول الحياة ، فهذا الايراد لا ينتقل إلى ورثته ، لأنه ينقضى حتما بموت صاحب الايراد . وإذا تعاقد شخص مع جراح أو فنان معين ، ومات الجراح أو الفنان ، فإن الالتزام ينقضى لأنه قد لوحظ فيه شخصية الملتزم وتأبى طبيعته أن ينتقل منه إلى وارثه .

ثانيا : إذا كان هناك نص فى القانون يقضى بألا ينصرف أثر العقد إلى الخلف العام . من ذلك مانصت عليه المادة ٥٢٨ مدنى من أن الشركة تنقضى بموت أحد الشركاء ، وماقضت به المادة ٦٠٢ مدنى من أن الايجار ينقضى بموت المستأجر إذا لم يعقد إلا بسبب حرفته أو لاعتبارات اخرى تتعلق بشخصه ، وماقضت به المادة ٦٢٦ مدنى من أن المزارعة تنقضى بموت المزارع ، وماقضت به المادة ٧١٤ مدنى من أن الوكالة تنقضى بموت الموكل أو الوكيل . هذا وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٢٢٢ مدنى على أنه « يشمل التعويض الضرر الأدبى أيضاً ، ولكن لا يجوز فى هذه الحالة أن ينتقل الى الغير الا اذا تحدد بمقتضى اتفاق أو طالب الدائن به أمام القضاء » . وسنرى ما يقابل ذلك فى الفقه الاسلامى من مدى انتقال حق المقذوف الى وارثه .

استثناءات لا ينصرف فيها أثر العقد إلى الخلف العام لأنه أصبح من الغير :

اذا كان الوارث لا يعتبر من الغير فى تصرفات مورثه ، فتسرى فى حقه هذه التصرفات كما تسرى فى حق المورث ، فإن هذا هو الأصل . ولكن القانون — والقانون هنا هو الشريعة الاسلامية فهى التى تسرى أحكامها فى هذه المسألة — يدخل استثناء على هذا الأصل ، ويجعل الوارث من الغير فى بعض تصرفات مورثه ، فلا تسرى فى حقه هذه التصرفات . ذلك أن للوارث حقا شخصيا فى تركة مورثه ، لايستمده من المورث، بل يعطيه إياه

القانون ، هو أن يأخذ من التركة ثلثها فلا يستطيع المورث أن يمس هذا المقدار بالوصية أو بما هو فى حكمها من التصرفات . للمورث أن يتصرف فى ماله وهو فى غير مرض موته بجميع التصرفات ، معاوضة أو تبرعا ، ويستطيع أن يستغرق بتصرفاته هذه كل ماله مادام التصرف ينتج أثره حال حياته . ويكفى ضابطا لتصرفاته فى هذه الحالة أنه لا يحرم ورثته فحسب ، بل هو أيضا يحرم نفسه، فإن التصرف يجرده من ماله وهو حى. أما أن يتصرف تصرفا لا ينتج أثره إلا بعد موته ، أى أنه يحرم ورثته دون أن يحرم نفسه ، فهذا هو الذى يتولى القانون حماية الورثة من عواقبه ، لأن المورث فى هذه الحالة لا يتصرف فى ماله وإنما هو ينظم وراثة هذا المال . فلم يجز له القانون أن يتصرف بالوصية — ويلحق بها كل التبرعات التى تصدر منه فى مرض الموت — إلا فى حدود ثلث التركة . فإذا جاوز هذه الحدود ، كان التصرف فيما جاوز فيه غير سار فى حق الوارث ، ويصبح الوارث من الغير فى هذا التصرف .

فإذا باع المورث فى مرض موته دارا تجاوز قيمتها ثلث تركته ، فإن القانون يفرض أن هذا البيع وقد صدر فى مرض الموت إنما هو تبرع ، فيأخذ حكم الوصية ، ولا يسرى فى حق الورثة فيما جاوز ثلث التركة . وقد تكفلت المادة ٩١٦ مدنى ببيان هذه الأحكام فقالت : « ١ - كل عمل قانونى يصدر من شخص فى مرض الموت ، ويكون مقصوداً به التبرع ، يعتبر تصرفا مضافا إلى ما بعد الموت ، وتسرى عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التى تعطى لهذا التصرف . ٢ - وعلى ورثة من تصرف أن يثبتوا أن العمل القانونى قد صدر من مورثهم وهو فى مرض الموت ، ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق ، ولا يحتج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا. ٣ - وإذا أثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم فى مرض الموت، اعتبر التصرف صادراً على سبيل التبرع ، مالم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك . كل هذا مالم توجد أحكام خاصة تخالفه » .

وإيضاحا لهذا النص نفرض أن المورث باع فى مرض موته أرضا تعدل ثلثى تركته . ونبادر إلى القول إنه ، طبقا للتشريع المصرى والتشريع العراقى ، يستوى فى هذه الحالة أن يكون البيع صادراً لوارث أو لغير وارث ، ففى الفرضين ينفذ التصرف فى حدود ثلث التركة ، ولا يسرى فى حق سائر الورثة فيما يجاوز الثلث . ثم تعرض بعد ذلك مسألتان :

المسألة الأولى : أن التاريخ العرفى للبيع الصادر فى مرض الموت يكون حجة على الوارث، لأنه لا يعتبر من الغير فى هذا التاريخ، بل يحتج عليه بالتاريخ العرفى كما يحتج به على مورثه . ولكنه يستطيع كمورثه أن يثبت أن هذا التاريخ قد قدم — وهذا ما يحصل عادة — إخفاء لكون البيع قد صدر فى مرض الموت . ويستطيع الوارث أن يثبت تقديم التاريخ بجميع طرق الإثبات، لأنه يثبت غشا وجه للإضرار بحقه .

المسألة الثانية : متى أثبت الوارث ، باى طريق من طرق الإثبات ولو بالبينة أو بالقرائن ، تقديم التاريخ وأن البيع إنما صدر فى تاريخ متأخر وأن هذا التاريخ المتأخر يوافق الوقت الذى كان فيه المورث مريضا مرض الموت ، فإن الوارث حينئذ يصبح من الغير فلا يسرى البيع فى حقه . وله عند ذلك أن يتمسك بأن البيع ، وقد صدر فى مرض الموت ، يعتبر صادراً على سبيل التبرع . ولمن صدر له التصرف أن يثبت العكس وأنه دفع ثمنا للدار يعدل قيمتها على الأقل ، ولكن عبء الإثبات هنا يقع على المشترى لا على الوارث . فإذا عجز المشترى عن هذا الإثبات ، اعتبر البيع تبرعا وسرى عليه حكم الوصية . فلا يسرى فى حق الوارث فيما يجاوز ثلث التركة إلا إذا أجاز الوارث التصرف ، فإن لم يجزه بطل البيع فيما جاوز هذا الحد .

§ ٢ — الخلف الخاص

تحديد منطقة الخلف الخاص .

قدمنا أن الخلف الخاص هو من يخلف سلفه فى عين معينة بالذات لا فى مجموع من المال ، والآن نحدد تحديداً دقيقا منطقة الخلف الخاص .

فمن يتلقى من سلفه ملكية شىء معين بالذات أو حقا عينيا على هذا الشىء يكون خلفا خاصا له . والشىء المعين بالذات الذى يتلقاه الخلف قد يكون هو ذاته حقا عينيا كما هو الغالب ، وقد يكون حقا شخصيا . فالمشترى خلف خاص للبائع فى الشىء المبيع، وهذا استخلاف فى ملكية عين معينة. وصاحب حق الانتفاع خلف خاص لمن تلقى منه هذا الحق ، وهذا استخلاف فى حق عينى واقع على عين معينة . والمحال له خلف للمحيل فى الحق المحال به ، وهذا استخلاف فى ملكية حق شخصى . والمرتهن لدين خلف لصاحب هذا الدين الذى رهنه ، وهذا استخلاف فى حق عينى واقع على حق شخصى . فالخلف الخاص إذن هو من يتلقى شيئا معينا — سواء كان هذا الشىء حقا عينيا أو حقا شخصيا — أو يتلقى حقا عينيا على هذا الشىء .

أما من يترتب له حق فى ذمة شخص آخر ، فلا يكون خلفا خاصا له ، بل يكون دائنا . فالمستأجر ليس بخلف للمؤجر ، بل هو دائن له. والمستأجر من الباطن ليس بخلف للمستأجر الأصلى ، وإنما خلف المستأجر الأصلى هو المتنازل له عن الايجار لأنه تلقى عنه ملكية حق شخصى ولم يقتصر كالمستأجر من الباطن على أن يترتب له فى ذمته حق شخصى . ولا يعتبر البائع الذى يسترد العين من المشترى بعد فسخ البيع أو إبطاله خلفا خاصا للمشترى ، لأن كلا من الفسخ والأبطال له أثر رجعى ، فلا يكون البائع متلقيا الملكية من المشترى ، بل تعتبر الملكية لم تنتقل منه أصلا إلى المشترى حتى تعود إليه .

والأدق من الناحية الفنية أن يقال إن انتقال الشىء الى الخلف الخاص يكون بأى سبب من أسباب انتقال الملك كالعقد والوصية والتقادم ، ولكن لا ينصرف أثر العقد من السلف الى الخلف الخاص الا اذا كان انتقال الشىء بعمل إرادى — وصية أو عقد — فهو وحده الذى يتمشى مع فكرة حوالة الحق أو حوالة الدين وهى الفكرة التى يؤسس عليها عادة انصراف اثر العقد الى الخلف الخاص .

والمثل المألوف للخلف الخاص هو من يتلق ملكية عين من سلفه ، كالمشترى يخلف البائع فى العين المبيعة .

فإذا كان السلف — البائع مثلا — قد أبرم عقدا بشأن العين المبيعة قبل بيعها ، ثم باع العين ، فهل ينصرف أثر هذا العقد ، من حقوق والتزامات ، إلى الخلف الخاص وهو المشترى ؟

الواضح أنه حتى يمكن أن يوضع هذا السؤال لابد من توافر أمرين : (١) أن يكون السلف قد أبرم عقداً بشأن العين التى انتقلت إلى الخلف ، ولا يكفى أن يبرم السلف عقدا بل يجب أن ينصب العقد على العين . فإذا كان البائع قد اقترض قبل البيع ، لم ينصرف أثر عقد القرض إلى المشترى ، ولو أن دين القرض قد أثقل الضمان العام للمقترض وتدخل فيه العين المبيعة ، وذلك لأن القرض لم يعقد بشأن العين المبيعة بالذات . ويختلف الحكم لو أن العين المبيعة كانت قد ارتهنت ضمانا للقرض ، فعند ذلك يكون عقد الرهن — لا عقد القرض — قد عقد بشأن العين المبيعة ، ويصح عندئذ التساؤل ما اذا كان عقد الرهن ينصرف أثره إلى الخلف الخاص وهو المشترى . (٢) أن يكون العقد الذى أبرمه السلف سابقا فى التاريخ الثابت على العقد الذى نقل الشىء الى الخلف الخاص . فلو أبرم البائع عقدا بشأن العين المبيعة بعد بيعها لم يكن هناك محل للتساؤل ما إذا كان أثر هذا العقد ينصرف الى المشترى ، فقد أبرم العقد بعد أن انتقلت ملكية المبيع الى المشترى فأصبح هذا من الغير ولا ينصرف اليه أثر العقد .

متى ينصرف أثر العقد الى الخلف الخاص :

تنص المادة ١٤٦ من التقنين المدنى المصرى على أنه : « إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقا شخصية تتصل بشىء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص ، فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف فى الوقت الذى ينتقل

فيه الشيء إذا كانت من مستلزماته ، وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه » .

وتعتبر الحقوق من مستلزمات الشيء إذا كانت مكملة له ، كما تعتبر الالتزامات من مستلزمات الشيء إذا كانت محددة له . يبرر ذلك أن الحقوق المكملة للشيء تعتبر من توابعه ، والتابع ينتقل مع الأصل . أما الالتزامات التى تحدد الشيء فيجب أن تنتقل هى أيضا معه ، لأن السلف لايستطيع أن ينقل إلى الخلف أكثر مما يملك وفاقد الشيء لايعطيه .

الحقوق المكملة للشيء :

فمن الحقوق التى تعتبر مكملة للشيء ، فتنتقل معه إلى الخلف الخاص ، ما يأتى :

١ ــ الحقوق العينية التى ترتبت لمصلحة الشيء ، كحق ارتفاق رتب بعقد لمصلحة العين فإن هذا الحق ينتقل مع العين إلى الخلف الخاص .

٢ ــ الحقوق التى تعتبر تأمينا للشيء ، لأن التأمين يعتبر مكملا للشيء إذ هو يحفظه ويقويه . فإذا حول الدائن حقه ، انتقل للمحال له مع هذا الحق تأميناته من كفالة ورهن وما إلى ذلك . وتنتقل كذلك دعاوى الفسخ دون دعاوى الإبطال ، لأن الأولى تؤكد الحق والأخرى تنافيه . وينتقل السند التنفيذى بالدين المحال به .

٣ ــ وينتقل أيضا إلى الخلف الخاص الحقوق الشخصية التى يكون الغرض منها وقاية الشيء ، إذ هى تحفظ الشيء كالتأمينات . فإذا تعاقد شخص مع شركة لتأمين منزله من الحريق ، ثم باع المنزل ، فإن حقه قبل شركة التأمين ينتقل مع المنزل إلى المشترى ، وينتقل تبعا لذلك التزام البائع بدفع أقساط التأمين . ومثل ذلك أيضا انتقال حق البائع قبل البائع له ، فى ضمان الشيء ضمان استحقاق أو ضمان عيب ، إلى المشترى ، وللمشترى أن يرجع بدعوى مباشرة على البائع لبائعه بضمان الاستحقاق أو بضمان العيب أو بأى ضمان

اشترطه البائع لنفسه . ويترتب على ذلك أنه إذا اشترط البائع عدم الضمان فإن هذا لا يمنع المشترى من الرجوع بالضمان على البائع للبائع . كذلك حق بائع المتجر فى عدم منافسة شخص آخر للمتجر أو فى تقييد موظف فى قديم بحيث يمتنع من المنافسة ، هذه حقوق كسبها صاحب المتجر ليدرأ خطر المنافسة عن متجره فهى مكملة للمتجر ، وتنتقل معه إلى المشترى .

ولا يعتبر الحق مكملا للشىء ، فلا ينتقل معه إلى الخلف الخاص ، فى فروض منها الفرضان الآتيان :

١ — إذا لم يكن من شأن الحق تقوية الشىء أو درء الخطر عنه . فإذا كان السلف قد تعاقد مع مقاول لإقامة بناء على الأرض التى انتقلت إلى الخلف ، لم ينتقل حق السلف قبل المقاول إلى الخلف . ومثل هذا حق صاحب السيارة إذا استأجر « جراجا » تأوى إليه السيارة . ثم باع السيارة ، فإن هذا الحق فى استئجار الجراج لا ينتقل إلى المشترى .

٢ — حق السلف إذا اعتبرت فيه شخصيته . فإذا اشترى طبيب أرضا يقيم عليها مستشفى متنقلا وتعاقد مع بعض المعامل على توريد أدوية معينة فى أوقات محددة لهذا المستشفى ، فحقه قبل هذه المعامل لا ينتقل إلى المشترى للأرض بعد نقل المستشفى ، لأن هذا الحق متصل بشخص الطبيب وبالمستشفى لا بالأرض التى بيعت . وإذا باع شخص جزءا من قطعة أرض ، وبنى المشترى على هذا الجزء مصنعا لتوليد الكهرباء ، واشترط البائع على المشترى أن يورد الكهرباء لبقية الأرض بسعر مخفض ، فإن هذا الشرط لا ينتفع به المشترى لبقية الأرض لأنه شرط خاص بشخص البائع .

الالتزامات المحددة للشىء :

وينتقل الالتزام مع الشىء إلى الخلف الخاص إذا كان محددا له . ويتحقق ذلك فى الفروض الآتية :

١ — الارتفاقات العينية التى ترتبت على الشىء إذا كانت قد شهرت ، فتنتقل العين إلى الخلف الخاص مثقلة بهذه الارتفاقات .

٢ — الالتزام الذى يقيد من استعمال ملكية العين ويكيف هذا الاستعمال ينتقل مع العين إلى الخلف الخاص . فإذا كان السلف قد التزم بعقد ألا يستعمل المنزل الذى يملكه فى حى للسكنى مقهى أو مطعما ، انتقل هذا الالتزام إلى الخلف . كذلك إذا فرضت قيود معينة تحد من حق مالك العقار فى البناء كيف شاء ، كأن تمنعه من مجاوزة حد معين فى الارتفاع بالبناء أو فى مساحة رقعته ، فإن هذه القيود — سواء اعتبرت التزامات شخصية أو ارتفاقات عينية - تنتقل إلى المشترى بموجب هذه القاعدة أو بموجب القاعدة السابقة .

٣ — التزام السلف الذى يغل يده عن بعض حقوق المالك ينتقل إلى الخلف الخاص . مثل ذلك من اشترى أرضا من شركة تعمل فى استخراج المعادن ، فاشترطت عليه الشركة ألا يرجع عليها بتعويض إذا أصابه ضرر بسبب ماتقوم به الشركة من الأعمال ، فإن هذا الشرط ينصرف أثره إلى خلف المشترى . ومثل ذلك أيضا صاحب المتجر يلتزم أن يمتنع عن التجارة فى جهة معينة كفا للمنافسة ، فإن هذا الالتزام ينتقل إلى خلف صاحب المتجر . ومثل ذلك أخيرا أن تبيع الحكومة أرضا ، وتشترط على المشترى أنها إذا نزعت ملكيتها للمصلحة العامة فى خلال مدة معينة لم تلتزم إلا برد الثمن فقط ، فإذا باع المشترى الأرض لمشتر ثان التزم المشترى الثانى بهذا الشرط باعتباره خلفا خاصا للمشترى الأول .

ولا يعتبر الالتزام محددا للشىء ، فلا ينتقل إلى الخلف الخاص ، فى فروض منها الفرضان الآتيان :

١ — التزام السلف إذا كان لايثقل العين أو يكيف من استعمالها أو يقيد بعض حقوق المالك . فالتزام بائع الأرض الذى اتفق مع مقاول على البناء لاينتقل إلى مشترى الأرض ، والتزام بائع السيارة نحو مؤجر الجراج لاينتقل

إلى من اشترى السيارة ، وقد رأينا فيما تقدم أن الحق أيضا لا ينتقل فى هاتين الحالتين . ولا ينتقل إلى المشترى الالتزام الذى نشأ عن وعد بالبيع صدر من البائع الأجنبى قبل أن يبيع العين للمشترى .

٢ — التزام السلف إذا اعتبرت فيه شخصيته . فإذا وهب شخص دارا لآخر على أن يقوم بالنفقة عليه ، ثم باع الموهوب له الدار ، لم ينتقل التزامه بالنفقة إلى المشترى .

وجوب علم الخلف الخاص بالحقوق والالتزامات حتى تنتقل إليه :

ولا ينتقل إلى الخلف الخاص حق أو التزام إلا إذا كان عالما به علما حقيقيا ، ولا يكفى مجرد إمكان العلم . وتظهر أهمية ذلك بوجه خاص فى انتقال الالتزام ، لأنه قيد يرد على حقوق الخلف ، فلا ينبغى أن ينتقل إليه دون أن يكون عالما به .

ويغنى عن العلم التسجيل أو القيد فى الحقوق العينية التى يجب شهرها .

المطلب الثانى
الدائنون

كيف ينصرف إلى الدائن أثر العقد الذى يبرمه المدين :

تنص الفقرة الأولى من المادة ٢٣٤ من التقنين المدنى المصرى على أن « أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه » . وهذا الضمان العام هو الذى يجعل الدائن ينصرف إليه فى الأصل أثر العقد الذى يبرمه المدين . ذلك أن المدين إذا تصرف فى عين مملوكة له فأخرجها عن ملكه ، فإن هذه العين التى كانت قبل التصرف داخلة فى مجموع ماله ، وكانت تبعا لذلك ضامنة لدين

الدائن ، خرجت بالعقد الذى أبرمه عن ملكه ، فخرجت تبعا لذلك من الضمان العام لدين الدائن . ومن هذا الطريق ينصرف أثر العقد الذى أبرمه المدين إلى الدائن : يخرج من ضمان الدائن . وينصرف أثر العقد إلى الدائن أيضا بطريق عكسى لو أن المدين أبرم عقدا أدخل بموجب عينا فى ملكه كأن اشتراها مثلا ، فإن هذا العقد ينصرف أثره إلى الدائن هنا لا عن طريق نقص الضمان العام بخروج عين من ملك المدين، بل عن طريق زيادته بدخول عين فى ملك المدين .

وهذا الذى نقرره هو إحدى نتائج نظرية الذمة المالية (patrimoine)، إذ الذمة المالية هى مجموع الحقوق الموجودة أو التى قد توجد والالتزامات الموجودة أو التى قد توجد لشخص معين. فالذمة المالية إذن هى مجموع من المال، ويكون للدائنين حق ضمان عام على هذا المجموع لا على مال معين بالذات . وهذا هو الذى يفسر أن الدائن يستطيع التنفيذ على مال للمدين لم يكن ملكا له وقت نشوء الدين ، فلما دخل فى ملكه إندمج فى المجموع وأصبح أحد عناصره . ويفسر كذلك أن الدائن لا يستطيع التنفيذ على مال كان ملك المدين وقت نشوء الدين وخرج عن ملكه وقت التنفيذ ، لأن هذا المال قد انفصل من المجموع فلم يعد محسوبا ضمن عناصره .

وقد حمل ذلك بعض الفقهاء — جوسران ٢ فترة ٦٤٩ وانظر أيضاً تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٢٦٨ وانظر عكس ذلك كولان وكابيتان ٢ فقرة ٤٢٢ — على القول بأن الدائن يعتبر خلفا للمدين ، مادام تصرف المدين ينقص أو يزيد الضمان العام . والصحيح أن الدائن لا يعتبر خلفا عاما ولا خلفا خاصا للمدين ، وإنما هو ممن يسرى فى حقهم تصرف المدين باعتبار أن هذا التصرف هو واقعة مادية أنقصت أو زادت فى ضمانه العام، لا باعتبار أنه تصرف قانونى أنشأ حقا أو التزاما فى جانبه . وإذا كان الخلف يسرى فى حقه تصرف السلف ، فليس كل شخص يسرى تصرف الغير فى حقه

يعتبر خلفا له ، وإنما الخلف هو أحد الطوائف المتعددة التى يسرى تصرف الغير فى حقها . وكما يسرى التصرف باعتباره تصرفا قانونيا فى حق الخلف ، يسرى باعتباره كذلك تصرفا قانونيا فى حق الأصيل إذا تعاقد بطريق نائب عنه ، وفى حق المنتفع فى الاشتراط لمصلحة الغير . ويسرى باعتباره واقعة مادية فى حق الدائن ، دون أن يعتبر الأصيل أو المنتفع أو الدائن خلفا .

متى يعتبر الدائن غيرا فى تصرفات المدين :

على أن القانون يأتى لحماية الدائن ، كما أتى لحماية الوارث ، فيجعل الدائن كما جعل الوارث « غيرا » فى تصرفات مدينه فى بعض حالات معينة . ففى الوصية والتصرفات التى تلحق بها يحمى القانون الدائن بأكثر مما يحمى الوارث ، فلا تسرى وصايا المدين والتصرفات الملحقة بالوصايا فى حق الدائن ، لا فى حدود ثلث التركة ولا فى أقل من ذلك ، فهى لا تسرى أصلا إذ يقدم الدين على الوصية . وفى التصرفات ما بين الأحياء ، لا يسرى تصرف المدين فى حق الدائن ، لا فحسب إذا كان هذا التصرف تبرعا فى مرض الموت ، بل أيضا إذا كان التصرف معاوضة وفى غير مرض الموت مادام قد قصد به المدين الاضرار بحقوق دائنه . والسبب فى إيثار الدائن على الوارث بهذه الحماية ظاهر ، فالوارث يأخذ تركة مورثه بغير عوض ، أما الدائن فله حق ثابت فى ذمة مدينه فهو لا يأخذ منه شيئا بغير عوض ، ومن ثم استحق هذه الحماية .

والأصل أن المدين حر فى التصرف فى ماله ولو تبرعا ، مادام تصرفه لم يصدر فى مرض الموت ، وتصرفه يسرى فى حق دائنه . الا انه اذا تصرف ولو معاوضة بقصد الاضرار بدائنه ، فهنا يصبح الدائن من الغير ولا يسرى هذا التصرف فى حقه . ويستطيع الدائن فى هذه الحالة أن يطعن فى تصرف مدينه بالدعوى البولصية .

ولم يكتف التقنين المصرى الجديد بالدعوى البولصية لحماية الدائن ، بل

حماه أيضا فى حالة إعسار المدين فنظم إجراءات شهر هذا الإعسار ، وغل يد المدين عن التصرف حتى إذا تصرف لم يسر التصرف فى حق الدائن .

فعندنا إذن مسألتان : (١) الدعوى البولصية (٢) إعسار المدين .

١§ . الدعوى البولصية

(Action Paulienne)

الأساس الذى قامت عليه الدعوى البولصية وعدم الدقة فى تسميتها دعوى إبطال التصرفات — أصلها فى القانون الرومانى :

قدمنا أن الدعوى البولصية وجدت لحماية الدائن من تصرفات مدينه ، فإذا تصرف المدين فى ماله تصرفا قصد به الإضرار بحق دائنه، أعطى القانون للدائن سلاحا يطعن به هذا التصرف الضار فيهدمه فيما يتعلق به، ولا ينصرف أثره إليه . فالأساس الذى قامت عليه الدعوى البولصية إذن هو حماية الدائن من غش مدينه عن طريق جعل تصرف هذا المدين غير نافذ فى حق الدائن. فهى دعوى عدم نفاذ تصرف المدين ، لا دعوى إبطال هذا التصرف ، وكان الفقه المصرى قديما يطلق عليها خطأ اسم « دعوى إبطال التصرفات » . ذلك أن الدائن لا يبطل تصرف المدين ، بل هو يطلب عدم نفاذ هذا التصرف فى حقه . فإذا أجيب إلى طلبه لم يسر التصرف فى حقه ، ولكنه يبقى قائما بين المدين ومن صدر له التصرف .

ولا مانع من أن نستبق للدعوى تسميتها التقليدية بالدعوى البولصية . والمعروف أن هذه التسمية اشتقت من اسم البريطور Préteur أى القاضى الرومانى الذى كان أول من أدخلها فى القانون الرومانى، وإن كانت صحة هذه التسمية وأنها كانت تسمية مستعملة فى القانون الرومانى أصبحت الآن محل شك كبير . ويبدو أن البريطور « بولص » هذا ليس إلا شخصاً خيالياً

اخترعه بعض شراح القانون الرومانى فى العصور الوسطى. ولم تكن الدعوى البولصية فى عهد القانون الرومانى المدرسى دعوى واحدة، بل كانت دعاوى متعددة أعطيت لحماية الدائنين فى حالات مختلفة. ولم تتوحد فى دعوى واحدة إلا فى عهد جستنيان. وكان لهذه الدعاوى فى إجراءات القانون الرومانى الطابع الجماعى، إذ كانت لا تعطى ضد المدين المفلس إلا لجماعة الدائنين فى شخص يمثل لهم هو الذى يوكل إليه تصفية أموال المدين، فكانت فائدتها تعود على جماعة الدائنين لا تختص بواحد منهم دون الآخرين. وقد انقلبت الدعوى البولصية فى القانون الحديث من دعوى جماعية إلى دعوى فردية كما سنرى.

ونبحث الآن تفصيلات الدعوى البولصية فنتكلم: (١) فى شروط هذه الدعوى (٢) وفى الآثار التى تترتب عليها.

(١) شروط الدعوى البولصية

أولا: الشروط التى ترجع إلى الدائن:

يشترط فى الدائن أن يكون حقه مستحق الأداء:

حتى يجوز للدائن أن يطعن فى تصرف المدين بالدعوى البولصية، يجب أن يكون حقه مستحق الأداء. ومتى وجب أن يكون الحق مستحق الأداء، وجب بالأولى أن يكون خالياً من النزاع، لأن الحق لا يستحق الوفاء به إلا إذا خلا من المنازعة.

فلا يستطيع إذن استعمال الدعوى البولصية الدائن الذى يكون حقه متنازعا فيه، وإذا كان حق الدائن غير خال من النزاع ثم صدر حكم ابتدائى يحسم النزاع لصالحه، واستأنف المدين الحكم، فإن الدعوى البولصية توقف حتى يبت فى الاستئناف الذى يتوقف عليه مصير الحق. ولا يستطيع استعمال الدعوى البولصية الدائن الذى يكون حقه معلقا على شرط واقف، لأن الحق هنا إذا خلا من النزاع فهو مع ذلك غير مستحق الأداء. كذلك لا يستطيع استعمالها الدائن الذى يكون حقه مقترناً بأجل واقف، ولا يتعارض ذلك مع

شرط إعسار المدين — وسنرى أنه يشترط أن يكون المدين معسراً — لسببين . أولهما أن الأجل لايسقط بمجرد الإعسار ، بل يجب لسقوطه أن يصدر حكم بشهر الإعسار فجاز أن يكون المدين معسراً دون أن يسقط الأجل . والسبب الثانى أن للإعسار فى الدعوى البولصية معنى عمليا ينطوى على كثير من المرونة سنبسطه فيما يلى ، فجاز ألا يسقط الأجل وإن توافر شرط الإعسار فى معنى الدعوى البولصية، فلا يصح عندئذ للدائن رفعها لأن حقه غير مستحق الأداء .

وأى دائن حقه خال من النزاع مستحق الأداء يستطيع إستعمال الدعوى البولصية . فيجوز أن يستعملها دائن حقه معلق على شرط أو مقترن بأجل فاسخ ، لأن الشرط والأجل الفاسخين لايمنعان الحق من أن يكون مستحق الأداء .ويجوز أن يستعملها دائن شخصى ودائن مرتهن ودائن له حق امتياز ، إذ لايجوز أن يكون الرهن أو الامتياز الذى أريد به تقوية حق الدائن سبباً فى إضعاف هذا الحق وحرمان الدائن مما هو ثابت لسائر الدائنين . ولكن يشترط إذا تصرف المدين فى غير الشىء الذى ترتب عليه التأمين العينى أن يكون الشىء الذى ترتب عليه هذا التأمين غير واف بالدين حتى يتحقق الضرر من التصرف المطعون فيه . ويجوز أن يستعمل الدعوى البولصية دائن حقه غير مقدر ما دام مستحق الأداء ، فيستطيع المضرور فى العمل غير المشروع ، حتى قبل أن يقدر التعويض المستحق له، أن يستعمل الدعوى البولصية فيطعن فى تصرف صدر من مدينه المسئول عن العمل غير المشروع بقصد « تهريب » ماله حتى لا ينفذ عليها الدائن بالتعويض المستحق له .

ثانيا : الشروط التى ترجع إلى التصرف المطعون فيه :

شروط ثلاثة :

يشترط فيما يطعن فيه الدائن من أعمال المدين أن يكون : (١) تصرفا قانونياً (٢) مفقراً (٣) تاليا فى الوجود لحق الدائن .

تصرف قانونى :

يجب أن يكون العمل الصادر من المدين ويطعن فيه الدائن بالدعوى البولصية تصرفاً قانونياً (acte juridique) ، فإذا كان عملا ماديا لم يتصور الطعن فيه . فلا يتصور الطعن فى عمل غير مشروع قام به المدين فأصاب شخصاً بضرر ووجب عليه به مقدار من التعويض جعله معسراً أو زاد فى إعساره ، كما لا يتصور الطعن فى ترك المدين عينا له فى يد شخص آخر حتى ملكها بالتقادم وإنما يتصور فى هذه الحالة أن يقطع الدائن التقادم ويسترد العين بإسم المدين عن طريق الدعوى غير المباشرة .

فالعمل الذى يطعن فيه بالدعوى البولصية يجب إذن أن يكون تصرفاً قانونياً . ويستوى أن يكون تصرفاً قانونياً صادراً من جانب واحد كالوقف والابراء ورد الابراء ورد الاشتراط لمصلحة الغير ورد الوصية ، أو صادراً من الجانبين تبرعاً أو معارضاً كالهبة والبيع والحوالة والقرض والشركة .

تصرف مفقر :

التصرف المفقر فى معنى الدعوى البولصية هو التصرف الذى ينقص من حقوق المدين ، عينية كانت هذه الحقوق أو شخصية ، أو التصرف الذى يزيد فى التزاماته . مثل التصرف الذى ينقص من حقوق المدين الهبة والبيع والوقف وهذه تنقص الحقوق العينية ، والحوالة والإبراء ورد الاشتراط لمصلحة الغير وهذه تنقص الحقوق الشخصية . ومثل التصرف الذى يزيد فى التزامات المدين القرض والشركة ورد الإبراء . وقد كانت تقاليد الدعوى البولصية تقضى بأن التصرف المفقر هو التصرف الذى ينقص من الحقوق دون التصرف الذى يزيد فى الالتزامات ، وعلى هذه التقاليد سار التقنين المدنى المصرى السابق ، ولكن التقنين المدنى المصرى الجديد عدل عنها وجعل التصرف الذى يزيد فى الالتزامات مفقرا كالتصرف الذى ينقص من الحقوق .

أما التصرف المانع من الاغتناء ، كأن يرفض المدين قبول هبة فيمتنع من زيادة حقوقه ، فإنه لا يكون تصرفا مفقرا ، ولا يجوز الطعن فيه بالدعوى البولصية .

وإعطاء المدين أحد دائنيه تأمينا يجعله يتقدم على سائر الدائنين يجوز الطعن فيه بالدعوى البولصية ، وكذلك وفاء المدين أحد دائنيه دينا مؤجلا قبل حلول الأجل ولو لم يكن هناك تواطؤ بين الاثنين أو وفاؤه الدين عند حلول الأجل بشرط أن يكون الوفاء قد تم نتيجة تواطؤ بينهما كل هذا يجوز الطعن فيه بالدعوى البولصية . ولما كانت هذه الحالات محل نزاع فى عهد التقنين المدنى السابق ، فقد ورد نص صريح فى التقنين المدنى الجديد يجيز الطعن فيها جميعا بالدعوى البولصية ، فحسم النص النزاع .

واستثناء مما قدمناه نص القانون على أنه يجوز للدائن الطعن فى نزول مدينه عن التمسك بالتقادم المسقط أو المكسب ، مع أن النزول عن التقادم المسقط ليس إلا امتناعا عن إنقاص الالتزامات والنزول عن التقادم المكسب ليس إلا امتناعا عن زيادة الحقوق .

تصرف تال فى الوجود لحق الدائن :

ويجب أن يكون التصرف القانونى المفقر المطعون فيه بالدعوى البولصية تاليا فى الوجود لحق الدائن ، ذلك أن حق الدائن إذا كان متأخرا عن هذا التصرف فليس للدائن أن يشكو من تصرف تم قبل أن يصبح هو دائنا . ومن ثم يجب أن يكون تصرف المدين صادرا بعد أن ثبت حق الدائن ، حتى يمكن القول إن المدين إنما تصرف غشا وإضرارا بحق الدائن ، فلو لم يوجد حق الدائن قبل صدور تصرفه لما أمكن تصور الإضرار بحق غير موجود . ولو أمكن تصور ذلك — كما لو باع شخص دارا له أو وقفها ثم اقترض وقد قصد من البيع أو الوقف السابق أن يتهرب من دائنه فى المستقبل —

لصحت الدعوى البولصية . ونرى من ذلك أن شرط أن يكون تصرف المدين تاليا لوجود حق الدائن إنما هو فرع من شرط أعم ، سيأتى الكلام فيه ، وهو شرط غش المدين . فالأصل أن غش المدين لايتصور فى العادة إلا إذا كان تصرفه تاليا لحق الدائن ، فإذا أمكن تصور الغش بينما يكون حق الدائن تاليا لتصرف المدين ، جاز الطعن بالدعوى البولصية . فالعبرة إذن بتوافر غش المدين ، سواء كان تصرفه لاحقا أو سابقا .

وإذا قلنا إن الأصل أن يكون تصرف المدين تاليا لحق الدائن ، فإنما نعتد فى التصرف بتاريخ صدوره لا بتاريخ شهره إن كان من التصرفات الواجب شهرها ، ويعتد فى حق الدائن بتاريخ وجوده لا بتاريخ استحقاقه إن كان تاريخ الاستحقاق تاليا لتاريخ الوجود . فلو باع المدين دارا وقبل تسجيل البيع استدان ، لم يستطع المقرض أن يطعن فى البيع بالدعوى البولصية ، لأن البيع قد صدر قبل وجود حق الدائن وإن كان قد سجل بعد ذلك . ولو كان الدين الذى فى ذمة المدين دينا معلقا على شرط أو مقترنا بأجل ، ثم تصرف الدين فى ماله إضرارا بحق الدائن ، جاز للدائن الطعن بالدعوى البولصية ، لأن حقه موجود قبل التصرف وإن كان لم يستحق — أى لم يتحق الشرط أو يحل الأجل — إلا بعد صدور التصرف . كذلك لو كان الدين الذى فى ذمة المدين متنازعا فيه ورفع الدائن الدعوى بالدين ، وتصرف المدين أثناء نظر النزاع فى مال له توقعا لصدور حكم عليه بالدين، جاز للدائن عندصدور الحكم أن يطعن فى التصرف بالدعوى البولصية، لأن حقه كان موجودا قبل صدور التصرف وإن لم يصبح خاليا من النزاع بحكم نهائى إلا بعدصدور التصرف.

ثالثا : الشروط التى ترجع إلى المدين

شرطان :

أما الشروط التى ترجع إلى المدين فترد إلى شرطين رئيسيين (١) الإعسار (٢) الغش والتواطؤ .

الاعسار :

يجب أن يكون تصرف المدين قد تسبب فى إعساره إذا كان غير معسر قبل التصرف ، أو تسبب فى زيادة إعساره إذا كان معسرا قبل التصرف . فلو أن التصرف لم يسبب الإعسار ، بل بقى المدين موسرا بعده ، ولكن طرأ بعد ذلك ماجعله معسرا ، فلا يجوز الطعن فى التصرف ، مالم يكن هذا التصرف حلقة فى سلسلة متصلة من التصرفات مجموعها قد أدى الى اعساره ، فيجوز للدائن فى هذه الحالة أن يطعن فى هذه التصرفات كلها ولا يجتزىء بالتصرف الأخير الذى سبب مباشرة اعسار المدين . واذا كان المدين معسرا من بادىء الأمر ، ثم تصرف تصرفا بعوض كاف بحيث لم يكن هذا التصرف سببا فى زيادة اعساره ، فإن التصرف لايكون قابلا للطعن فيه بالدعوى البولصية .

والمقصود بالإعسار هو الإعسار الفعلى بأن تزيد ديون المدين على حقوقه ، لا الإعسار القانونى الذى سنتكلم فيه فيما يلى وهو الذى يستلزم حكما بشهره بشروط واجراءات معينة . على أن للإعسار فى الدعوى البولصية فوق ذلك معنى خاصا ينطوى على كثير من المرونة . وذلك أن الدائن يكلف أولا بإثبات مقدار ما على المدين من الديون ، وعند ذلك ينتقل عبء الإثبات الى المدين ، وعليه أن يثبت أن له أموالا ظاهرة لايتعذر التنفيذ عليها تكفى لوفاء جميع الديون ، والا اعتبر معسرا . ومن هذا يتبين كيف أن التصرف الصادر من المدين قد يكون معاوضة ومع ذلك يسبب اعساره . ويكفى لتحقق ذلك أن يكون المدين قد باع عينا مملوكة له بثمن بخس ، أو باعها بثمن معادل لقيمتها ولكنه أخفى النقود أو بددها بحيث يتعذر على الدائن التنفيذ عليها بحقه .

وإذا فرض أن حق الدائن يتركز فى عين مملوكة للمدين ، كما إذا كان موعودا ببيع عين أو كان دائنا فى وعد برهن أو كان دائنا مرتهنا ، ثم باع المدين العين الموعود ببيعها أو الموعود برهنها إلى شخص آخر إضرارا بحق الدائن ، أو باع العين المرهونة قبل أن يشهر الدائن الرهن بحيث لا يتمكن

من تتبع العين ، أو بعد شهر الرهن ولكن الدائن لا يريد تتبع العين حتى لا يضطر إلى تحمل إجراءات التطهير . ففى مثل هذه الأحوال يعتبر المدين فى حالة إعسار بالمعنى المقصود فى الدعوى البولصية ما دام الدائن لا يستطيع أن يصل إلى العين ذاتها التى تركز فيها حقه، حتى لو كان عند المدين أموال كافية تفى بتعويض الدائن بعد فوات العين . ومن ثم يجوز للدائن الطعن بالدعوى البولصية فى تصرف المدين فى العين الموعود ببيعها أو برهنها أو فى تصرفه فى العين المرهونة ، فيتمكن بذلك من رد العين إلى ملك المدين بالنسبة إلى حقه وينفذ بهذا الحق عليها . يؤيد ذلك أن الدائن له أن يطالب بالتنفيذ العينى دون التعويض إذا شاء ، وهنا هو يطالب بالتنفيذ العينى ويحول دون هذا التنفيذ تصرف صدر من المدين غشا فيجعله الدائن غير سار فى حقه بالدعوى البولصية. ويترتب على ما تقدم أنه إذا باع شخص عقاراً ولم يسجل المشترى، ثم باعه ثانية من مشتر آخر وبادر المشترى الثانى إلى التسجيل متواطئا مع البائع على الإضرار بالمشترى الأول ، أمكن لهذا الأخير أن يطعن فى البيع الثانى بالدعوى البولصية ، إذ أن حقه قد تركز فى العقار المبيع . وهذا على خلاف ما تقضى به محكمة النقض من أنه إذا بادر المشترى الثانى إلى تسجيل عقده قبل تسجيل عقد المشترى الأول فقد خلصت له ملكية المبيع ، حتى لو كان المتصرف والمتصرف إليه الثانى سيء النية متواطئين كل التواطؤ على حرمان المتصرف إليه الأول من الصفقة . ولكن محكمة النقض تقدم المشترى الأول الذى لم يسجل عقده على المشترى الثانى الذى سجل عقده فى حالة ما إذا طعن المشترى الأول فى العقد الثانى ، لا بالدعوى البولصية ، بل بدعوى الصورية .

ويجب أن يبقى المدين معسراً إلى وقت رفع الدعوى البولصية ، فلو أن تصرفه سبب إعساره أو زاد فى إعساره ، ثم انقلب قبل رفع الدعوى موسراً لزيادة طرأت فى ماله ، كما إذا كان قد تلقى ميراثا أو وصية أو عقد صفقة رابحة، فلا يجوز للدائن أن يطعن فى تصرف المدين إذ لم تعد له مصلحة فى ذلك.

الغش والتواطؤ :

يجب التمييز هنا بين ما إذا كان التصرف المطعون فيه معاوضة أو تبرعا .

فإذا كان التصرف معاوضة ، وجب أن يكون منطويا على غش المدين وتواطؤ من صدر له التصرف . والدائن هو الذى يحمل عبء الإثبات . ولكن يكفى لإثبات غش المدين أن يثبت الدائن أن المدين وقت أن صدر منه التصرف كان يعلم أنه يسبب إعساره أو يزيد فى إعساره ، فيكون هذا قرينة على غش المدين . ولكنها قرينة غير قاطعة ، للمدين أن ينقضها بأن يثبت أنه بالرغم من علمه بإعساره إلا أنه لم يقصد إلحاق الضرر بالدائن ، بل كان الدافع له على التصرف مثلا تلبية لنداء واجب أدبى ، أو حصوله على مايقوم بحاجات المعيشة مع وثوقه أن اعساره لا يلبث أن يزول حتى لو أخلفت الأيام ظنه ، أو أن التعاقد الذى أدى الى اعساره سيكون سببا فيما بعد فى ترويج أعماله وعودته الى اليسار . ويكفى لإثبات تواطؤ من صدر له التصرف أن يثبت الدائن أنه كان يعلم وقت التصرف له أن هذا التصرف يسبب إعسار المدين أو يزيد فى اعساره . ولمن صدر له التصرف أن ينقض القرينة بأن يثبت مثلا أنه بالرغم من هذا العلم كان يعتقد أن المدين يتصرف بحسن نية تصرفا مألوفا تقتضيه صيانة تجارته . ويخلص مما قدمناه أن الدائن يبدأ بإثبات أن المدين قد تصرف وهو عالم بأن هذا التصرف يؤدى الى اعساره وأن من صدر له التصرف يعلم ذلك أيضا ، وعند ذلك نفرض الغش فى جانب الاثنين حتى يثبت أى منهما أنه لم تكن عنده نية الإضرار بالدائن. والإثبات من جانب الثلاثة يكون بجميع الطرق ، ومن القرائن على الغش أن يبيع مدين أملاكه لأولاده ويدعى أنه قبض الثمن من أمهم ، وأن يبيع عقارا لزوجته ولا يستطيع أن يثبت من أين أتت بالثمن ، وأن يبيع لزوجته كافة مايمتلكه ثم تبقى الأعيان المبيعة فى حيازة المدين بعد البيع .

وإذا كان التصرف المطعون فيه تبرعا، لم يشترط لا غش المدين ولا تواطؤ

المتبرع له ، بل يكفى أن يثبت الدائن أن التبرع قد سبب إعسار المدين أو زاد فى اعساره ، سواء كان المدين يعلم ذلك أو لا يعلم ، وسواء كان المتبرع له يعلم هو أيضا أو لا يعلم . ويبرر هذا الحكم أن الدائن يشكو من ضرر اصابه من جراء تبرع مدينه إذا بقى هذا التبرع قائما ، أما الموهوب له فلا يشكو إلا من فوات كسب عليه إذا أجزنا للدائن الطعن فى التبرع . والفرق واضح بين من يتوقى ضررا ومن يبتغى كسبا ، فالأول أى الدائن هو الأجدر بالرعاية. أما فى المعاوضات فالمفاضلة بين الدائن والمشترى غيرها بين الدائن والموهوب له ، إذ المشترى إنما يتوقى ضررا كالدائن فقد دفع مقابلا للمدين ، فإن كان حسن النية وجب أن يفضل على الدائن مادام هذا لم يحتط لنفسه فيحصل على ضمان خاص لاستيفاء حقه، وإن كان المشترى سيء النية فضل عليه الدائن.

وقد يتصرف خلف المدين فى الشيء لخلف ثان تبرعا ، ففى هذا الغرض لا يشترط سوء نية الخلف الثانى لأنه إنما يبتغى كسبا ولا يتوقى ضررا كما قدمنا. فإذا كان الخلف الأول قد تلقى التصرف هو الآخر تبرعا ، فلا يشترط سوء نيته ولا غش المدين كما سبق القول . أما إذا كان الخلف الأول قد تلقى التصرف معاوضة ، فيشترط إثبات غش كل من المدين وهذا الخلف الأول على النحو الذى قدمناه ، دون إثبات سوء نية الخلف الثانى المتبرع له كما مر. بقى أن نفرض أن الخلف الذى انتقل إليه الشيء من المدين قد تصرف فيه لخلف ثان معاوضة . فإذا كان المدين قد تصرف معاوضة أيضا للخلف الأول فلا يكفى أن يثبت الدائن غش كل من المدين والخلف الأول ، بل يجب أيضا أن يثبت غش الخلف الثانى . وإذا كان المدين قد تصرف تبرعا للخلف الأول ، فقد قدمنا أن الدائن ليس مكلفا بإثبات سوء نية المدين ولا سوء نية الخلف الأول ، ولكن مادام الخلف الأول قد تصرف معاوضة للخلف الثانى فإنه يجب على الدائن أن يثبت علم هذا الخلف الثانى بإعسار المدين .

(ب) الآثار التى تترتب على الدعوى البولصية

أولا : أثر الدعوى البولصية بالنسبة إلى الدائن

عدم مضى الدائن فى الدعوى اذا استوفى حقه :

إذا استوفى الدائن حقه ، فإنه لايستطيع الاستمرار فى الدعوى أو فى التنفيذ بعد الحصول على حكم فى الدعوى ، إذ لم تعد له مصلحة فى ذلك بعد أن استوفى حقه . ويغلب فى العمل أن يكون الذى يوفى الدائن حقه هو من صدر له التصرف المطعون فيه . ولهذا أن يودع الثمن الذى اشترى به — أو ثمن المثل إذا كان قد اشترى بأقل من ذلك — خزانة المحكمة على ذمة الدائن ، فيتخلص من الدعوى أو من التنفيذ ، فإن الدائن متى خلص له مقابل معادل للحق الذى خرج من ضمانه لم تعد له مصلحة فى الاستمرار فى الدعوى أو فى التنفيذ .

عدم نفاذ تصرف المدين فى حق الدائن :

فإذا لم يستوف الدائن حقه على النحو الذى قدمناه ، استمر فى الدعوى حتى يحصل على حكم يقضى بعدم نفاذ تصرف المدين بالنسبة إليه ، فلا يسرى فى حقه أثر هذا التصرف إذ يعتبر فيه من الغير . ويترتب على ذلك أن المال الذى تصرف فيه المدين يعتبر أنه لم يخرج من ضمان الدائن ، فينفذ هذا عليه ويتخذ فى ذلك إجراءات تنفيذ متميزة عن إجراءات الدعوى البولصية وإن كانت تقترن بها .

ومن ذلك نرى :

(ا) أن دخول المال فى ضمان الدائن يكون بأثر رجعى ، إذ يعتبر أنه لم يخرج من هذا الضمان كما قدمنا . ويترتب على ذلك أنه إذا باع المدين عقاراً

لمشتر وكانا سيء النية ، وأخذ شفيع العقار بالشفعة ، فالدائن يعتبر العقار لم يخرج من مال المدين ، فيسقط الأخذ بالشفعة دون حاجة إلى إثبات سوء نية الشفيع ، فهو ليس بمشتر من المشترى بل هو مشتر من البائع رأسا .

(ب) أن الدائن ينفذ على كل العين الذى تصرف فيها المدين ، ولكن مع ملاحظة ما يأتى : (١) يستنزل من العين ما عسى أن يكون الدائن قد أفاده من تصرف المدين . فقد يكون المدين باع العين وبقى الثمن دينا فى ذمة المشترى ، أو يكون المشترى دفع الثمن وسدد المدين به بعض ديونه ، فيستفيد الدائن إما على اعتبار أن حقوق المدين زادت بمقدار الثمن الذى بقى دينا فى ذمة المشترى ، وإما على اعتبار أن بعض ديون مدينه قد وفيت فقل إعسار المدين بذلك . فيجب اذن أن تكون هذه الفائدة محل اعتبار ، فلا ينفذ الدائن على العين المبيعة الا بقدر زيادة قيمة هذه العين على الفائدة التى عادت على الدائن . فإذا لم تعد على الدائن فائدة أصلا ، بأن كان الثمن الذى قبضه المدين مالا غير ظاهر لا يستطيع الدائن التنفيذ عليه كما هو الغالب فى الدعوى البولصية ، كان للدائن أن ينفذ بحقه على العين بكل قيمتها . (٢) قد يضطر الدائن الى التنفيذ على العين منقوصة أيضا ، كما اذا كانت العين تحت يد موهوب له حسن النية فيملك الثمرات بالقبض ، فينتقص من العين ثمراتها. (٣) قد يضطر الدائن الى التنفيذ على مال آخر حل محل المال الذى تصرف فيه المدين ، كما اذا كانت العين تحت يد مشتر ثان حسن النية ، فإن الدائن فى هذه الحالة لا ينفذ الا على الثمن المستحق فى ذمة المشترى الثانى للمشترى الأول أو على قيمة العين اذا كانت أكبر من الثمن . واذا فرضنا موهوبا له حسن النية بدلا من المشترى الأول ، وقد باع العين الموهوبة لمشتر حسن النية ، فإن الدائن لا يرجع على الموهوب له حسن النية الا بمقدار ما استفاده فإن كان قد باع العين بأقل من قيمتها رجع عليه الدائن بالثمن دون القيمة .

استفادة جميع الدائنين الذين صدر التصرف إضرارا بهم من الدعوى البولصية :

كانت القاعدة فى التقنين المدنى السابق ــ كما هى الآن فى التقنين المدنى الفرنسى ـ أن الدائن الذى يرفع الدعوى البولصية هو الذى يستأثر بفائدتها ـ هو ومن ينضم اليه فى الدعوى ـ دون سائر الدائنين . ولكن التقنين المدنى الجديد ، حتى لايخل بالمساواة بين الدائنين ، جعل الدعوى تفيد جميع الدائنين الذين أضربهم التصرف ، أى الذين توافرت فيهم شروط الدعوى البولصية بالنسبة الى التصرف المطعون فيه ولولم يتدخلوا فى الدعوى نفسها . فالعين ترجع الى ملك المدين بالنسبة الى هؤلاء الدائنين جميعا ، ولهم أن ينفذوا عليها بحقوقهم .

ثانيا : أثر الدعوى البولصية بالنسبة إلى المدين ومن تصرف له المدين :

بقاء التصرف المطعون فيه قائما :

يبقى التصرف المطعون فيه قائما نافذ الأثر بين الطرفين ، لأن الدعوى البولصية لاتبطل التصرف وإنما تجعله غير نافذ فى حق الدائن وحده . فإذا كان التصرف بيعاً ، بقى المبيع ملكا للمشترى وبقى المشترى ملتزماً بدفع الثمن ، فإذا نفذ الدائن على المبيع وبقى شىء من الثمن فهو ملك المشترى . ولو ترتب على البيع أن أخذ العين شفيع ثم استوفى الدائن حقه من العين المشفوع فيها ، رجع ما بقى من العين أو من ثمنها للشفيع . وإذا كان التصرف وقفا ، فما بقى من الثمن بعد تنفيذ الدائن يكون وقفاً ، وتشترى به عين أخرى تحل محل الأولى عن طريق الاستبدال دون حاجة إلى وقفها من جديد مع بقاء الجهة الموقوف عليها وشروط الوقف ونظارته لاتتغير .

وينصرف أثر التصرف إلى ورثة كل من الطرفين، فورثة المدين لايرثون الباقى من العين التى تصرف فيها مورثهم بعد تنفيذ الدائن عليها ، ويرث ذلك ورثة المشترى .

وينصرف أثر التصرف إلى الدائنين فيما عدا الذين استوفوا شروط الدعوى البولصية ، فهؤلاء يستوفون حقوقهم من العين ، وما بقى منها لا ينفذ عليه الدائنون الذين لم يستوفوا شروط الدعوى البولصية بأن كان التصرف المطعون فيه سابقاً على حقوقهم ، وإنما ينفذ عليه دائنو المشترى .

تعارض مبدأ قيام التصرف مع مبدأ عدم نفاذه فى حق الدائن :

على أنه لا يمكن تفادى تعارض المبدأين اللذين قدمناهما : قيام التصرف فيما بين الطرفين من جهة ، وعدم نفاذ هذا التصرف فى حق الدائن من جهة أخرى . فلا يبقى إلا تطبيق القواعد العامة للتوفيق بين المبدأين .

وتطبيق هذه القواعد يؤدى إلى أن الدائن يستوفى حقه من العين المبيعة لأن البيع غير نافذ فى حقه. ثم لما كان البيع لا يزال قائماً فيما بين المدين والمشترى، فإن المشترى يرجع على المدين بضمان الاستحقاق ، وله أيضا أن يطلب فسخ البيع ، فيتحلل من دفع الثمن ، ويرد إلى المدين ما بقى من العين فى يده بعد تنفيذ الدائن عليها . وله أخيراً أن يرجع على المدين بما استوفاه الدائن عن طريق دعوى الإثراء بلا سبب . فللمشترى إذن دعويان : (١) دعوى عقد البيع بضمان الاستحقاق أو بالفسخ يرفعها على البائع . (٢) ودعوى الإثراء بلا سبب يرفعها على المدين . فإذا كان البائع هو المدين ، فالمشترى بالخيار فى الرجوع عليه بإحدى الدعويين. ولكن قد يكون البائع غير المدين، كما إذا كان المدين قد تصرف فى العين لآخر وهذا باعها للمشترى ، فنى هذه الحالة تتفرق الدعويان على شخصين مختلفين : دعوى الاستحقاق أو دعوى الفسخ ترفع ضد البائع ، ودعوى الإثراء بلا سبب ترفع ضد المدين، وللمشترى أن يختار إحدى الدعويين .

§ ٢ – الاعسار

تمهيد .

الافلاس التجارى ومقوماته :

إذا توقف التاجر عن دفع دين مستحق الأداء ، جاز شهر إفلاسه . وشهر الإفلاس أعنف طريق ينفذ به الدائن على أموال مدينه ، ولذلك اختص به التجار لما للائتمان فى المعاملات التجارية من أهمية خاصة ، ولأن التاجر دائنوه فى العادة كثيرون ومتفرقون فمن المصلحة أن يتحدوا فى جماعة تصفى أموال مدينهم تصفية جماعية فتتحقق المساواة الفعلية ما بين الدائنين .

ومن ثم كان للإفلاس التجارى مقومات ثلاثة : (١) تغل يد المدين عن التصرف فى أمواله منذ شهر إفلاسه ، بل تقيد تصرفاته حتى قبل شهر الإفلاس ، ففى فترة الريبة — من اليوم الذى تحدده المحكمة ميعاداً لتوقفه عن الدفع وعشرة أيام قبله — تكون بعض تصرفاته باطلة وبعضها قابلا للإبطال . (٢) لا ينفرد أحد الدائنين دون الباقى بالاستئثار بمال المدين ، بل يشتركون فيه جميعاً شركة الغرماء ، إلا إذا كان لأحدهم حق تأمين خاص كرهن أو إمتياز . (٣) تصفى أموال المدين تصفية جماعية ، والتصفية الجماعية هى المميز الجوهرى للإفلاس التجارى . ومعناها أولا أن ترفع يد المدين عن أمواله فتنتقل حيازة هذه الأموال وحراستها إلى « سنديك » يمثل كلا من الدائنين والمدين . ومعناها ثانياً ألا يباشر أى دائن إجراء فرديا للتنفيذ على أموال المدين ، بل تكون إجراءات التصفية والتنفيذ إجراءات جماعية يتخذها السنديك باسم جميع الدائنين ، إذ يندمج هؤلاء فى اتحاد (masse, union) تخلع عليه الشخصية المعنوية . ومن هنا تتحقق المساواة الفعلية التامة بين جميع الدائنين ، فتصفى أموال مدينهم وتباع لحسابهم جميعاً ، ويتقاسمون الثمن فيما بينهم قسمة الغرماء .

الافلاس التجارى والدعوى البولصية :

الآن وقد ذكرنا مقومات الافلاس التجارى نقارن بينه وبين الدعوى البولصية . فنى الدعوى البولصية يوجه الدائن همه إلى مال المدين سبق لهذا أن تصرف فيه إضراراً بحقوق الدائنين ، وذلك حتى يجعل هذا التصرف غير سار فى حق هؤلاء الدائنين تمهيداً للتنفيذ على المال الذى سبق التصرف فيه . والدائن فى التقنين المدنى الجديد لاينفرد دون باقى الدائنين بالاستئثار بهذا المال ، بل يشاركه فيه سائر الدائنين مشاركة الغرماء . وفى هذا تتفق الدعوى البولصية مع الافلاس التجارى . وقد كانت فى التقنين المدنى السابق يستأثر فيها الدائن بالتنفيذ على المال ، فكانت لاتتفق مع الافلاس التجارى حتى فى هذه الخصيصة الأولى . وتختلف الدعوى البولصية عن الافلاس التجارى فى الخصيصتين الأخريين : فالمدين فى الدعوى البولصية لم تغل يده عن التصرف فى ماله بل هو قد تصرف فيه فعلا ، والتنفيذ فى الدعوى البولصية يكون بإجراءات فردية لا بإجراءات جماعية فمن لم يساهم من الدائنين بنفسه فى هذه الاجراءات لاينال شيئاً من المال الذى يجرى التنفيذ عليه .

الافلاس التجارى والاعسار المدنى :

أما الاعسار المدنى — كما نظمه التقنين المدنى المصرى الجديد — فيتقدم خطوة على الدعوى البولصية ، ويشترك مع الافلاس التجارى فى مقومين من مقوماته الثلاثة ، ويقصر عنه فى المقوم الثالث وحده .

يتفق الاعسار المدنى مع الافلاس التجارى فى أن يد المدين تغل عن التصرف فى أمواله منذ شهر الاعسار ، وفى أن أحد الدائنين لاينفرد دون الباقى فى الاستئثار بمال المدين .

ولكن يختلف الاعسار المدنى عن الافلاس التجارى فى المقوم الثالث ، وهو المقوم الجوهرى كما قدمنا . فلا يوجد فى الاعسار المدنى تصفية جماعية

يقوم بها السنديك ممثلا لاتحاد الدائنين كما هو الأمر فى الافلاس التجارى ، بل يبقى أمر التنفيذ موكولا إلى إجراءات فردية من الدائنين كل دائن باسمه خاصة ، ومن لا يساهم فيها لا يناله شىء .

تنظيم الاعسار المدنى فى التشريعات الحديثة :

لم ينظم التقنين المدنى المصرى السابق الإعسار المدنى ، بل تركه إعساراً فعلياً ، وقدساير فى ذلك نهج التقنين المدنى الفرنسى ، فأطلق يد المعسر فى التصرف ولم يقيد من هذا الاطلاق إلا بقدر ما تسمح به الدعوى البولصية .

أما موقف التشريعات الحديثة من تنظيم الاعسار فيختلف . فبعض هذه التشريعات — كما فى ألمانيا وفى انجلترا — لا تميز بين الافلاس التجارى والاعسار المدنى ، فتجعل المدين المعسر ، التاجر وغير التاجر ، خاضعاً لنظام واحد وهو نظام الافلاس التجارى . وعيب هـــذا النظام أنه يأخذ المدين المعسر بما يأخذ به التاجر المفلس من إجراءات لها مايبررها فى التعامل التجارى ولكنها فى المعاملات المدنية تعتبر قاسية فى غير ضرورة . وفى سويسرا نظم الافلاس التجارى وترك الاعسار المدنى دون تنظيم موكولا إلى إجراءات الحجز العادية ، ولكن بعض طوائف المدينين المعسرين أخضعت لنظام الافلاس التجارى على سبيل الاجبار وجعل للآخرين أن يختاروا هذا النظام فمن يشاء منهم ذلك يقيد اسمه فى سجل خاص . وعيب هذا النظام أنه لايزال يترك الاعسار المدنى دون تنظيم . ولعل النظام الأسبانى هو خير هذه النظم جميعاً ، فهو ينظم الاعسار المدنى مستقلا عن الاعسار التجارى ، ويسير فى كل نظام وفقاً لمقتضياته . على أنه لا يفرق كثيراً بين النظامين من حيث التصفية الجماعية ، مع ما فى التصفية الجماعية من رفع يد المدين عن ماله وتعيين سنديك وفى غير ذلك من تعقيدات ومصروفات ، وهذا من شأنه أن يربك المدين فى الاعسار المدنى فى غير حاجة .

تنظيم الاعسار فى التقنين المدنى المصرى الجديد — الاعسار الفعلى والاعسار القانونى :

وهذا ماتوقاه التقنين المدنى المصرى الجديد ، فقد نظم الاعسار المدنى واقتصر فيه على الاجراءات الفردية دون أن يقحم التصفية الجماعية . وبعد تنظيم الاعسار المدنى أصبح الاعسار القانونى — وهو الاعسار المدنى المنظم — يختلف عن الاعسار الفعلى .

فالاعسار الفعلى (insolvabilité) حالة واقعية تنشأ من زيادة ديون المدين ، ولو كانت غير مستحقة الأداء ، على أمواله . أما الاعسار القانونى (déconfiture) فحالة قانونية تنشأ من زيادة ديون المدين المستحقة الأداء على أمواله ، ولابد من شهرها بحكم قضائى يجعل المدين فى حالة إعسار . فالاعسار القانونى — كما نرى — أشد إمعانا فى الاستغراق بالدين من الاعسار الفعلى .

والآثار التى يرتبها القانون على الاعسار القانونى لايرتبها على الاعسار الفعلى . فمنع المدين من التصرف فى ماله وتعريضه لعقوبة التبديد وجواز إعطائه نفقة من إيراداته المحجوزة وسقوط آجال الديون وعدم جواز الاحتجاج بحقوق الاختصاص فيما بين الدائنين ، إنما يترتب ذلك كله على الاعسار القانونى لا على مجرد الاعسار الفعلى . أما انتهاء الشركة بإعسار أحد الشركاء وجواز انتهاء العارية إذا أعسر المستعير والدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية ، فكل ذلك يترتب على الاعسار الفعلى دون حاجة إلى أن يكون الاعسار قانونياً .

وقد ينتهى الإعسار القانونى قبل أن ينتهى الإعسار الفعلى ، إذ الإعسار القانونى ينتهى حتما بقوة القانون إذا انقضت خمس سنوات على شهر الاعسار . فيتبين من ذلك أن الاعسار القانونى قد ينتهى ومع ذلك تبقى ديون المدين

أكثر من أمواله فيكون معسراً فعلا . وهكذا قد يتناوب المدين إعسار فعلى ينتقل منه إلى إعسار قانونى ليعود بعد ذلك إلى إعسار فعلى .

ونبحث الآن ، بعد هذا التمهيد ، أحكام تنظيم الاعسار القانونى فنستعرض : (١) شهر حالة الاعسار (٢) الآثار التى تترتب على حالة الاعسار (٣) انتهاء حالة الاعسار .

ونقصد ، إذا أطلقنا لفظ الاعسار ، الاعسار القانونى .

١ — شهر حالة الإعسار

متى يجوز شهر الاعسار :

رأينا أن الافلاس التجارى يجوز شهره إذا توقف التاجر عن دفع دين تجارى مستحق الأداء . وبمجرد توقف التاجر عن دفع دينه يجيز شهر إفلاسه ولو كان هذا التاجر غير معسر إعساراً قانونياً بأن أوفت أمواله بديونه المستحقة الأداء، بل ولو كان غير معسر إعساراً فعليا بأن أوفت أمواله على ديونه جميعا المستحق الأداء منها وغير المستحق . وقد يتوقف التاجر عن دفع دينه المستحق الأداء ، مع أن أمواله توفى بديونه جميعاً ، إذا كانت هذه الأموال حقوقا فى ذمة الغير لم يستوفها منهم أو كانت عقارات أو منقولات يتعذر بيعها فوراً لوفاء الدين من ثمنها .

فإذا كانت حالة المدين غير التاجر أسوأ من ذلك ، وكانت ديونه الحالة والمؤجلة تربى على أمواله ، فهذا هو الاعسار الفعلى كما سبق القول .

فإذا وصلت حالة المدين غير التاجر من السوء غايتها ، وكانت ديونه الحالة وحدها تربى على أمواله ، جاز شهر إعساره القانونى بحكم من القضاء . فلو أن أموال المدين كانت كافية للوفاء بالديون الحالة لم يجز شهر إعساره ، حتى لو توقف عن دفع دين حال ، وحتى لو كانت أمواله غير كافية للوفاء بجميع الديون الحالة والمؤجلة . ونرى من ذلك أن الاعسار القانونى حالة أسوأ من

الإفلاس التجارى ، بل هى أسوأ من الإعسار الفعلى فإن المعسر إعساراً فعلياً لا يكون بالضرورة معسراً إعساراً قانونياً أما المعسر إعساراً قانونياً فلابد أن يكون معسر إعساراً فعلياً .

سلطة المحكمة التقديرية فى شهر الاعسار :

ولابد فى شهر الاعسار القانونى من حكم يقضى بذلك . وليست المحكمة ملزمة بشهر إعسار المدين ، حتى لوثبت لها أن ديونه الحالة تزيد على أمواله ، فإن لها سلطة تقديرية واسعة . وتراعى فى تقديرها ، قبل شهر إعسار المدين ، جميع الظروف التى أحاطت به ، سواء كانت هذه الظروف عامة أو خاصة . فالظروف العامة مثلها أزمة اقتصادية طاحنة ، أو حرب نشبت ، أو ثورة اندلعت ، أو فيضان استثنائى ، أونحو ذلك من الظروف التى تعم جميع الناس . والظروف الخاصة بالمدين إما أن ترجع إلى الماضى كمسئوليته عن الأسباب التى أدت إلى إعساره ، وهل كان حسن النية عاثر الحظ أو كان مبذراً متلافا . وإما أن ترجع إلى الحاضر ، مثل ذلك مصالح دائنيه المشروعة أو رعونته وعدم خبرته ، فقد يستدعى شىء من هذا شهر إعساره . وإما أن ترجع إلى المستقبل ، مثل ذلك موارد المدين المستقبلة فقد ينتظر لها الرواج ، ومثل ذلك مقدرته الشخصية فقد يكون طبيباً ماهرا أو مهندساً حاذقاً .

من يطلب شهر الاعسار :

يغلب أن يكون طالب شهر الإعسار هو أحد الدائنين ، ومصلحته فى ذلك واضحة . فقد يخشى أن يبدد المدين ماله أويتصرف فيه إضراراً بحقوق الدائن ، فيغل يده عن هذه التصرفات . بل إن المدين بعد شهر إعساره يتعرض لعقوبة التبديد فى بعض الحالات . وقد يخشى الدائن لا من المدين ، بل من الدائنين الآخرين ، إذ قد يبادر أحد هؤلاء إلى أخذ حق اختصاص

فيتقدم عليه فإذا ماشهر إعسار المدين لم يعد مستطاعا الاحتجاج فيما بين الدائنين بحقوق الاختصاص .

وقد يطلب شهر الاعسار المدين نفسه . فقد يرى أن الظروف التى تحيط به تشفع له فى أن يطلب ، بعد شهر إعساره ، الحصول على منحه آجالا للديون الحالة أو مد الآجال بالنسبة إلى الديون المؤجلة ، وقد يكون غارقاً فى الديون تنهال عليه الحجوز من كل جانب ، وقد حجزت إيرادته فمنع مورد رزقه ، فيعمد إلى طلب شهر إعساره حتى يستطيع الحصول على نفقة تقوم بأوده .

أما المحكمة فلا يجوز لها ـ لا من تلقاء نفسها ولا بناء على طلب النيابة ـ أن تشهر إعسار المدين كما تستطيع ذلك فى شهر إفلاس التاجر .

اجراءات دعوى الاعسار :

المحكمة المختصة بالحكم بشهر الإعسار هى المحكمة الإبتدائية التى يتبعها موطن المدين المعسر . وتنظر الدعوى على وجه السرعة . والحكم الصادر بشهر الإعسار حكم منشىء لحالة قانونية جديدة، فهو حجة على الكافة، والمدين الذى شهر الحكم إعساره يعتبر معسرا لا بالنسبة إلى الدائن الذى رفع دعوى شهر الإعسار وحده بل أيضا بالنسبة إلى سائر الدائنين وبالنسبة إلى الغير ممن يتصرف له المدين فلا ينفذ تصرفه .

وعلى كاتب المحكمة ، فى اليوم الذى تقيد فيه دعوى الإعسار ، أن يسجل صحيفتها فى سجل خاص يرتب بحسب أسماء المعسرين. وعليه أن يؤشر فى هامش التسجيل المذكور بالحكم الصادر فى الدعوى وبكل حكم يصدر بتأييده أو بالغائه ، وذلك كله يوم صدور الحكم . وعلى الكاتب أيضا أن يرسل إلى قلم كتاب محكمة مصر صورة من هذه التسجيلات والتأشيرات لإثباتها فى سجل عام .

الآثار التي تترتب على حالة الاعسار

بالنسبة الى المدين

من تاريخ تسجيل صحيفة دعوى الإعسار لا تنفذ تصرفات المدين فى حق دائنيه . وهذه مزية من أهم مزايا شهر إعسار المدين ، فقد كان المدينون ، قبل شهر إعسار مدينهم موكولين إلى الدعوى البولصية لا يستطيعون أن يجعلوا تصرفات المدين غير سارية فى حقهم إلا بعدأن يثبتوا أن المدين المعسر قد تصرف غشا وأن المتصرف له كان متواطئا معه إذا كان التصرف معاوضة. أما بعد شهر إعسار الدين فكل تصرف يصدر من تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى يكون غير سار فى حق الدائنين دون حاجة إلى إثبات إعسار المدين فهو ثابت بشهر الاعسار ، ودون حاجة إلى إثبات الغش والتواطؤ ولو كان التصرف معاوضة ، وهذه الوقاية تفضل العلاج الذى تقدمه الدعوى البولصية. وعدم نفاذ التصرف فى حق الدائنين لا يمنع من أن يبقى التصرف قائماً فيما بين المدين والمتصرف له ، فلهذا أن يرجع بالضمان على المدين. على أنه يجوز أن يبيع المدين ماله بثمن المثل ، ويودع الثمن خزانة المحكمة على ذمة الدائنين ، فينفذ البيع فى حقهم .

ويعاقب المعسر بعقوبة التبديد فى حالتين : (١) إذا رفعت عليه دعوى بدين ، فتعمد الاعسار بقصد الاضرار بدائنيه ، وانتهت الدعوى بصدور حكم عليه بالمدين وشهر إعساره . (٢) إذا كان ، بعد الحكم بشهر إعساره ، أخفى بعض أمواله ليحول دون التنفيذ عليها ، أو اصطنع ديونا صورية أو مبالغا فيها ، وذلك كله بقصد الاضرار بدائنيه .

وإذا أوقع الدائنون الحجز على إيرادات المدين ، كان لرئيس المحكمة

المختصة بشهر الاعسار أن يقرر للمدين . بناء على عريضة منه ، نفقة يتقاضاها من إيراداته المحجوزة .

بالنسبة إلى الدائنين :

لا يحول شهر الاعسار دون اتخاذ المدينين لاجراءات فردية ضد المدين ، وهنا يتجلى المقوم الأساسى للإعسار المدنى ، فهو ليس كالافلاس التجارى يؤدى إلى إجراءات جماعية . فلا ترفع يد المدين المعسر عن ماله ، ولا يعين سنديك، ولا يجتمع الدائنون فى إتحاد . ويقوم كل دائن على مصلحته بنفسه، فيتخذ باسمه خاصة من الاجراءات الفرديةمايسمح به القانون.وإذا هو حجز على مال المدين فقد يسبق سائر الدائنين إلى إجراءات التنفيذ ، فإذا لم يتمكن الدائنون الآخرون من اللحاق به ومزاحمته عند التوزيع ، فقد يستوفى حقه كاملا دونهم . فالمساواة إذن بين الدائنين إنما هى مساواة قانونية لا مساواة فعلية .

على أن القانون كفل للدائنين المساواة الفعلية فى حالتين :

الحالة الأولى حالة أصحاب الديون المؤجلة وحلول هذه الآجال . ذلك أن شهر إعسار المدين إشعار للدائنين أن يبادروا إلىالتنفيذ على ماله . فيكون صاحب الدين المؤجل فى مركز جد دقيق . فهو لا يستطيع التنفيذ لأن حقه لم يحل أجله ، والانتظار إلى أن يحل الأجل ضار به إذ قد تستنفد الديون الحالة جميع أموال المدين . من أجل ذلك رتب القانون على الحكم بشهر الاعسار حلول مافى ذمة المدين من ديون مؤجلة ، ويخصم من هذه الديون مقدار الفائدة الاتفاقية أو القانونية عن المدة التى سقطت بسقوط الأجل . هذه هى القاعدة . ولكن يصح أن تكون ظروف المدين بحيث تستوجب الرفق به ، بل يصح أن يكون من مصلحة الدائنين أنفسهم الا يبادروا الى التنفيذ فى ظروف غير مناسبة ، وأن يكون من الخير التربص لفرصة مواتية

تباع فيها أموال المدين بثمن أعلى . وعندئذ يجوز للمدين ، بعد أن سقطت آجال الديون ، أن يطلب من القاضى إبقاءها كما كانت ، بل يجوز له أن يطلب مدها ، وأن يطلب منحه أجلا فى الديون الحالة ذاتها . وليس فى هذا الا تطبيق لنظرة الميسرة الممنوحة من القاضى .

والحالة الثانية حالة عدم الاحتجاج بحقوق الاختصاص فيما بين الدائنين. وهذه وسيلة أخرى أبعد أثراً فى تحقيق المساواة الفعلية بين الدائنين . فقد قضى القانون بأنه لا يجوز أن يحتج على الدائنين الذين يكون لهم حقوق سابقة على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار بأى اختصاص يقع على عقارات المدين بعد هذا التسجيل . فإذا بادر دائن بيده حكم واجب التنفيذ الى أخذ حق اختصاص،فإن حق الاختصاص هذا لا يكون نافذا فى حق الدائنين ذوى التواريخ الثابتةالسابقة على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار . أما اذا كان حق الاختصاص سابقا على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار،فإنه ينفذ بطبيعة الحال فى حق جميع الدائنين .

حـ — إنتهاء حالة الاعسار

كيف تنتهى حالة الاعسار :

تنتهى حالة الإعسار إما بموجب حكم قضائى وإما بقوة القانون .

فتنتهى بموجب حكم قضائى ، ويؤشر بالحكم يوم صدوره على هامش تسجيل دعوى الإعسار ، فى أحد فرضين .

١ — اذا أصبحت أموال المدين تفى بجميع ديونه ، ما كان حالا منها وقت إعساره وما حل بسقوط الأجل بسبب شهر الإعسار . ويتحقق ذلك فعلا اذا تلقى المدين المعسر ميراثا أو وصية أو هبة ، أو قبل بعض الدائنين إبراء المدين من بعض ديونه فأصبح الباقى من الديون لا يزيد على ما عنده من المال .

٢٠ ــ اذا وفى المدين فعلا جميع ديونه التى كانت حالة وقت طلب انهاء حالة الإعسار ، سواء كانت حالة منذ شهر الإعسار أوحلت بعد ذلك بانقضاء أجلها . أما الديون التى اعتبرت حالة عن طريق اسقاط أجلها بسبب شهر الإعسار ولم يكن هذا الأجل قد انقضى وقت طلب انهاء حالة الإعسار ، فإنها لا تدخل فى هذا الحساب بل يعود اليها الأجل الذى سقط . ولا يكفى ان يكون عند المدين مال يفى بهذه الديون بل يجب أن يكون قد وفاها فعلا كما قدمنا . وفى هذا يختلف الفرض الثانى عن الفرض الأول ، فى الفرض الأول يكفى أن تكون أموال المدين قد أصبحت تفى بجميع ديونه دون حاجة الى وفاء هذه الديون بالفعل .

وتنتهى حالة الإعسار بقوة القانون بانقضاء خمس سنوات من تاريخ التأشير بالحكم الصادر بشهر الإعسار . وقد أعطى القانون الدائنين هذه المهلة لتصفية أموال مدينهم واستيفاء حقوقهم منها، وهى مدة كافية لا يجوز أن يبقى المدين بعدها فى حاله الإعسار التى لحقته ، فإن هذه الحالة قد غلت يده عن التصرف فى أمواله ، فوجب التوفيق بين مصلحته ومصلحة دائنيه. وانقضاء خمس سنوات كاف لإنهاء حالة الإعسار ، دون حاجة الى حكم ، بل ولا الى تأشير على هامش التسجيل .

ما يترتب على زوال حالة الإعسار :

يترتب على زوال حالة الإعسار :

أولا : زوال الآثار التى ترتبت على الحكم بشهر الإعسار ، فيعود للمدين حق التصرف فى ماله ، ولا يبقى للدائنين إلا الدعوى البولصية كما سيأتى ، ولا يصبح المدين معرضاً لعقوبة التبديد حتى لو أخفى ماله أو اصطنع ديوناً ، وتنقطع النفقة التى قد تكون قررت له ، وتصبح حقوق الاختصاص نافذة فى حق الدائنين الذين استجدوا بعد انتهاء حالة الإعسار .

ثانيا : وترجع للديون آجالها التى سقطت على التفصيل الآتى : إن زال

لإعسار بحكم قضائى بسبب قيام المدين بوفاء ديونه التى حلت ، فإن الديون الباقية التى لم توف والتى كانت آجالها قد سقطت بشهر الإعسار تعود إلى آجالها السابقة دون طلب من المدين . وإن زال الإعسار بحكم قضائى بسبب كفاية أموال المدين للوفاء بجميع ديونه ، فما حل من هذه الديون بانقضاء أجله انقضاء طبيعياً يكون مستحق الأداء ، فإذا وفاه المدين فعلا كان له أن يطلب إعادة الديون الأخرى إلى آجالها السابقة . وإن زال الإعسار بقوة القانون ، وأدى المدين فعلا ما حل من الديون حلولا طبيعياً ، كان له أن يطلب إعادة الديون الأخرى إلى آجالها السابقة .

ثالثاً : إذا بقى المدين بعد زوال حالة الإعسار القانونى معسراً إعساراً فعلياً ، فإن للدائنين الطعن فى تصرفاته بالدعوى البولصية إذا توافرت شروطها .

ويخلص من ذلك أن المدين قد تتعاقب عليه حالتا الإعسار القانونى والإعسار الفعلى . فإن كان فى حالة إعسار قانونى ، كان خاضعاً لنظام الإعسار الذى بسطنا تفصيلاته فيما تقدم . أما إذا كان معسراً إعساراً فعلياً ، فإنه لا يكون خاضعاً لهذا النظام الخاص ، بل يخضع لنظام عام يتركز فى الدعوى البولصية .

المطلب الثالث

الغـــير

من هو الغير :

لا نقصد بالغير هنا الخلف العام عندما يصبح « غيرا » فى تبرعات الوارث فى مرض الموت . ولا الخلف الخاص عندما يصبح « غيرا » فى عقد أبرمه الخلف الخاص ولم تتوافر فيه الشروط المطلوبة بأن أبرم العقد بعد انتقال الشىء أو كان الحق أو الالتزام الناشىء من العقد ليس من مستلزمات الشىء .

كذلك لانقصد بالغير الدائن عندما يصبح « غيرا » فى تصرفات مدينه المعسر أو فى تصرفات المدين الواقعة إضراراً بحقوقه ويستطيع أن يطعن فيها بالدعوى البولصية .

وإنما نقصد بالغير هنا شخصاً أجنبياً تماماً عن العقد (penitus extrenei) فليس هو طرفا فيه ، ولا خلفاً عاما أو خاصا لأحد العاقدين ، ولا دائنا لأيهما .

لا يسرى العقد فى حق الغير :

والأصل أن العقد لا ينصرف أثره إلى هذا الغير الأجنبى تماما عن العقد ، فالصلح الذى يقع بين الدائنين وأحد الورثة لا يسرى فى حق بقية الورثة . والعقد الذى يصدر من أحد الشركاء فى الشيوع لا يقيد بقية الشركاء . وبيع ملك الغير لا يسرى فى حق المالك الحقيقى الذى لم يكن طرفا فى العقد .

على أن اعتبارات ترجع إلى العدالة أو إلى استقرار التعامل قد تقضى استثناء بانصراف أثر العقد إلى الغير . فالعدالة قد تقضى بأن يكون للغير دعوى مباشرة فى عقد لم يكن طرفا فيه ، ولا يكون ذلك إلا بنص خاص فى القانون ، وذلك كالمؤجر يرجع بدعوى مباشرة على المستأجر من الباطن (م ٥٩٦ مدنى) والمقاول من الباطن والعمال يرجعون بدعوى مباشرة على رب العمل (م ٦٦٢ مدنى) . واستقرار التعامل قد يقضى بأن ينصرف أثر العقد لمن لم يكن طرفا فيه ، فالتصرف الصادر من الوارث الظاهر يسرى فى حق الوارث الحقيقى ، والإيجار الصادر دون غش لمستأجر حسن النية يسرى فى حق المالك الحقيقى فى بعض الأحوال .

التعهد عن الغير والاشتراط لمصلحة الغير :

ولكن الأثر الذى انصرف إلى الغير فى الأحوال المتقدمة أثر غير مقصود ، لم يرده المتعاقدان وقت التعاقد ، فهو مبنى على اعتبارات لا دخل

للإرادة فيها . أما أن العقد ينتج أثراً ينصرف إلى الغير ، ويكون أثراً مقصوداً أراده المتعاقدان ، فذلك ما لا يجوز إذا أريد أن ينشيء العقد التزاما فى ذمة الغير ، وذلك ما يجوز إذا أريد أن يكسب العقد حقاً للغير . وقد نصت المادة ١٥٢ مدنى على هذا الحكم إذ تقول : « لا يرتب العقد التزاما فى ذمة الغير ، ولكن يجوز أن يكسبه حقا » .

فالتعهد عن الغير لا ينصرف أثره إلى الغير ، ولا يرتب فى ذمته التزاما . والاشتراط لمصلحة الغير ينصرف أثره إلى الغير ، ويكسبه حقاً . ونبحث كلا من هاتين المسألتين : (١) التعهد عن الغير (٢) الاشتراط لمصلحة الغير .

§ ١ — التعهد عن الغير

الصور العملية للتعهد عن الغير :

يراد عادة بالتعهد عن الغير علاج موقف لا يمكن فيه الحصول على رضاء ذى الشأن ، فيلتزم عنه غيره . مثل ذلك شركاء فى الشيوع يتصرفون فى الشيء الشائع وفيهم قاصر ويريدون تجنب الإجراءات القضائية ، أو كان أحدهم غير حاضر وقت العقد ولا يستطاع انتظاره خوف ضياع الصفقة ، أو كانوا يقتسمون الشيء الشائع وفيهم من هو ناقص الأهلية ويريدون تجنب اجراءات القسمة القضائية. فى مثل هذه الأحوال يتعاقد الشركاء الذين يصح لهم التعاقد دون الذين لا يستطيعون ذلك ، ويتعاقد الأولون عن أنفسهم وملتزمين عن الآخرين . وكذلك الوكيل إذا رأى أن يجاوز حدود الوكالة ولم يتمكن من أن يحصل على إذن من الموكل ، ولم يتيسر له أن يعمل كفضولى ، يستطيع فيما يجاوز فيه حدود الوكالة أن يتعاقد باسمه متعهداً عن الموكل .

فمقومات التعهد عن الغير إذن ثلاث : (١) أن يتعاقد المتعهد باسمه لا باسم الغير ، وهذا هو الفرق بين التعهد عن الغير من جهة وبين الوكيل والفضولى من جهة أخرى . (٢) أن يريد المتعهد عن الغير أن يلزم نفسه بهذا التعهد لا أن يلزم الغير . فلو أنه أراد إلزام الغير لكان التعاقد باطلا

لاستحالة المحل ، إذ لا يمكن قانوناً أن يلزم شخص آخر بعقد لم يكن الملتزم طرفا فيه . أما فى الاشتراط لمصلحة الغير ، فسنرى أن المتعاقد يريد أن يجعل للغير حقاً مباشراً يكسبه من العقد الذى لم يكن طرفا فيه . (٣) أن يكون التزام المتعهد هو القيام بحمل الغير على قبول التعهد ، وهذا التزام بعمل شىء . أما التعهد الذى يراد حمل الغير على قبوله فقد يكون التزاما بعمل كمقاول يراد حمله على التعهد ببناء منزل، وقد يكون التزاما بالامتناع عن عمل كتاجر يراد حمله على التعهد بعدم المنافسة ، وقد يكون التزاما بنقل حق عينى كشريك فى الشيوع يراد حمله على بيع حصته فى الشىء الشائع . والتزام المتعهد التزام بتحقيق غاية لا ببذل عناية ، فلا يكفى أن يبذل المتعهد جهده لحمل الغير على قبول التعهد ، بل يجب أن يصل إلى تحقيق هذه الغاية فيتعهد الغير فعلا . ولكن إذا قبل الغير التعهد ، فإن المتعهد لا يكفله فى تنفيذه ، وفى هذا يخالف الكفيل .

الغير أن يقبل التعهد أو يرفضه :

وقد نصت المادة ١٥٣ مدنى على ما يأتى : (١) إذا تعهد شخص بأن يجعل الغير يلتزم بأمر ، فلا يلزم الغير بتعهده . فإذا رفض الغير أن يلتزم ، وجب على المتعهد أن يعوض من تعاقد معه . ويجوز مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو نفسه بتنفيذ الالتزام الذى تعهد به . (٢) أما إذا قبل الغير التعهد ، فإن قبوله لا ينتج أثراً إلا من وقت صدوره ، ما لم يتبين أنه قصد صراحة أو ضمنا أن يستند أثر هذا القبول إلى الوقت الذى صدر فيه التعهد » .

فالغير إذن حر فى قبول التعهد أو رفضه ، لأنه أجنبى عن العقد فلا يلزمه العقد بشىء . ويبقى أن نستعرض حالة قبول الغير للتعهد وحالة رفضه إياه .

قبول الغير للتعهد :

يعتبر التعهد ــ وهو عقد بين المتعهد والمتعاقد معه ــ بمثابة إيجاب معنى وض

على الغير من جانب المتعاقد مع المتعهد . فإذا قبل الغير التعهد ، فقد قبل هذا الإيجاب، وتم عقد جديد بينه وبين المتعاقد مع المتعهد ، يختلف عن عقد المتعهد من حيث أطراف التعاقد ومن حيث محل العقد ومن حيث الوقت الذى يتم فيه .

أما من حيث أطراف التعاقد ، فعقد التعهد طرفاه المتعهد والمتعاقد معه ، والعقد الجديد طرفاه المتعاقد مع المتعهد والغير .

وأما من حيث محل العقد ، فعقد التعهد ينشىء التزاما بعمل شىء كما قدمنا ، والعقد الجديد ينشىء التزاما فى جانب الغير محله قد يكون نقل حق عينى أو عملا أو امتناعا عن عمل كما سبق القول ، ومن ثم ليس التعهد عن الغير إلا محض تطبيق للقواعد العامة ، فإن الغير لم يلتزم بالعقد الأول الذى كان أجنبيا عنه ، بل التزم بالعقد الجديد الذى كان طرفا فيه .

وأما من حيث وقت تمام العقد ، فعقد التعهد يتم عند تلاقى الإيجاب والقبول من المتعهد والمتعاقد معه، والعقد الجديد لا يتم إلا عند صدور القبول من الغير. فليس للقبول أثر رجعى، إلا إذا تبين أن الغير قصد صراحة أو ضمنا أن يستند أثر القبول إلى الوقت الذى صدر فيه التعهد . فإذا تعاقد شركاء فى الشيوع متعهدين عن قاصر فيهم ، وقبل القاصر التعهد بعد بلوغه سن الرشد ، فالمفهوم ضمنا أن القاصر قصد أن يكون لقبوله أثر رجعى .

رفض الغير التعهد :

وإذا رفض الغير التعهد فلا مسئولية عليه ، لأنه لم يكن طرفا فيه ، فلا يلتزم به . ولكن المتعهد يبقى مسئولا بموجب عقد التعهد ، وعليه أن يعوض المتعاقد معه عن الأضرار التى أصابته من جراء رفض الغير للتعهد .

ولا يمكن إجبار المتعهد على تنفيذ التعهد الذى كان يراد من الغير أن يقبله ، لأنه لم يلتزم إلا بحمل الغير على قبول هذا التعهد ، وهو التزام بعمل كما

قدمنا . ولكن يجوز للمتعهد، إن شاء، أن يقوم بتنفيذ التعهد إذا كان تنفيذه ممكنا ولم يكن متصلا بشخص الغير. فالتزام المتعهد بتنفيذ هذا التعهد هو إذن التزام بدلى ، إذ التزامه الأصلى هو دفع التعويض ولكن يستطيع أن يبرىء ذمته من التعويض بأن ينفذ التعهد المشار إليه .

§ ٢ — الاشتراط لمصلحة الغير

كيف تطورت قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير وما وصلت اليه فى تطبيقاتها العملية :

لو أننا سرنا فى الاشتراط لمصلحة الغير على مقتضى القواعد العامة كما فعلنا فى التعهد عن الغير ، لوجب أن يتكون الاشتراط لمصلحة الغير من عقدين . العقد الأول ما بين المشترط والمتعهد ، يلتزم فيه المتعهد أن يتعاقد مع المنتفع . والعقد الثانى ما بين المتعهد والمنتفع ، يلتزم فيه المتعهد نحو المنتفع . ويكون الأساس القانونى واحداً فى الاشتراط لمصلحة الغير والتعهد عن الغير : فى كليهما يكسب الغير حقاً أو يترتب فى ذمته التزام لا بموجب العقد الذى لم يكن طرفا فيه بل بموجب عقد جديد كان هو أحد طرفيه .

ولكن الأساس القانونى فى الاشتراط لمصلحة الغير يختلف عنه فى التعهد عن الغير ، فالاشتراط لمصلحة الغير لايتضمن عقدين ، بل هو لايشتمل إلا على عقد واحد تم بين المشترط والمتعهد . والمنتفع أى الغير ، إنما يكسب حقه من هذا العقد بالذات، أى من عقد لم يكن هو طرفا فيه .وهذا هو وجه الخروج على القواعد التقليدية التى تقضى بأن أثر العقد لاينصرف إلى الغير ، فإن أثر العقد هنا — متمثلا فى حق اشترط لمصلحة المنتفع — انصرف إلى المنتفع مع أنه ليس طرفا فى العقد .

ولم يدخل هذا الاستثناء على القواعد التقليدية ، ويبرز ليصبح هو نفسه قاعدة قائمة بذاتها ، إلا بعد تطور طويل . فقد كان القانون الرومانى لايجيز أن ينصرف أثر العقد — التزاماً أو حقاً — الى الغير ، ووصل فى ذلك الى حد أن منع النيابة فى التعاقد . ثم تطور تحت ضغط الضرورات العملية، فبدأ بأن جعل المشترط لمصلحة الغير يصطنع لنفسه حقاً شخصياً فى العقد ، بأن يضع شرطاً جزائياً يطالب به المتعهد اذا لم يقم هذا بما تعهد به لمصلحة المنتفع. ثم انقلب الشرط الجزائى الصريح إلى شرط جزائى مفروض ، ولكن الذى يرجع بالتعويض هو المشترط، فلم يكن للمنتفع حق مباشر يكسبه من الاشتراط لمصلحته. ثم أعطى القانون الرومانى للمنتفع حقاً مباشراً فى حالات استثنائية معينة أهمها الهبة اذا اشترط فيها الواهب على الموهوب له حقاً لمصلحة الغير . وورث القانون الفرنسى القديم هذه القواعد من القانون الرومانى ، وأضاف استثناء آخر هو اشتراط البائع على المشترى أن يدفع الثمن لشخص ثالث كدائن للبائع فيكون للشخص الثالث وهو المنتفع حق مباشر قبل المشترى . وسار التقنين المدنى الفرنسى على هذا النحو ، فلم يجز الاشتراط لمصلحه الغير الا فى حالتين : (١) الهبة بشرط ، وهى التى تقدم ذكرها (٢) اذا صدر من المشترط عقد معاوضة اشترط فيه أولا حقاً لنفسه ، ثم قرن ذلك بأن اشترط حقاً للغير .

واستمر التطور فى الفقه والقضاء طوال القرن التاسع عشر ، ليواجه الحاجات العملية المتجددة، وبخاصة ما تقتضيه عقود التأمين التى كان لها أكبر الأثر فى تطور قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير . ففسر الفقه والقضاء فى فرنسا كلمة « اشترط » بمعنى تعاقد سواء كان المتعاقد مشترطاً حقاً لنفسه أو مرتبا التزاما فى ذمته . ففى عقد التأمين نرى المتعاقد لمصلحة الغير لم يشترط لنفسه حقاً ، ولكنه رتب فى ذمته التزاما هو دفع أقساط التأمين . ثم تطور الفقه والقضاء، فأصبح يكفى أن يكون للمشترط مصلحة مادية أو أدبية فى الاشتراط لمصلحة المنتفع ، وليس من الضرورى أن يشترط لنفسه أو أن يلتزم عن

نفسه. فإذا اشترطت أم على والد ابنها نفقة للابن جاز هذ الاشتراط ، دون أن تشترط الأم لنفسها شيئا أو تلتزم عن نفسها بشيء ، ويكفى أن يكون لها مصلحة أدبية فى أن توفر لابنها نفقة تعوله . بل ان القضاء والفقه وصلا فى التطور الى حد أن أجازا الاشتراط لمصلحة شخص غير معين ، بل لمصلحة شخص غير موجود . وكثيراً ما يؤمن رب العمل من مخاطر العمل لمصلحة عماله من غير تعيين، فالمنتفع هنا أشخاص غير معينين ولكن تعيينهم مستطاع وقت أن ينتج العقد أثره.وكثيراًمايؤمن الشخص لمصلحة أولاده الموجودين ومن سيوجد منهم ، بل قد لايكون له أولاد أصلا ومع ذلك يؤمن لمصلحة من عسى أن يوجد له من أولاد فى المستقبل . فالمنتفع هنا أشخاص غير موجودين وقت ابرام عقد التأمين ولكنهم لا ينالون حقا الا اذا وجدوا معينين بالذات وقت أن ينتج عقد التأمين أثره .

هذا هو التطور الذى وصلت إليه قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير ، فانقلبت من استثناء محدود إلى قاعدة عامة . وهذا هو ماعبرعنه التقنين المصرى الجديد فى عبارة صريحة ، فقال فى المادة ١٥٢ إن العقد لايرتب التزاما فى ذمة الغير ولكن يجوز أن يكسبه حقاً .

وهناك تطبيقات عملية كثيرة لقاعدة الاشتراط لمصلحة الغير على النحو الذى تطورت إليه أخيراً . من ذلك الهبة أو البيع مع اشتراط الواهب أو البائع على الموهوب له أو المشترى ترتيب إيراد أو أى حق آخر لمصلحة الغير . ومنها بيع العين المرهونة مع اشتراط البائع على المشترى أن يدفع الثمن إلى الدائن المرتهن . كذلك قد يشترط صاحب المتجر عند بيع متجره لمصلحة العمال والمستخدمين ، فيأخذ على المشترى عهداً أن يبقيهم فى العمل أو ألا ينقص من أجورهم . وعقد التأمين على الحياة هو خير مثل للاشتراط لمصلحة الغير ، والمتعاقد تارة يؤمن لمصلحته ولمصلحة ورثته من بعده ، وطوراً يؤمن لمصلحة أقارب له معينين أو قابلين للتعيين . وقد يؤمن المستحق

فى وقف ، عندما كان الوقف الأهلى قائماً ، على حياته لمصلحة دائنه . وعدا التأمين على الحياة توجد عقود تأمين أخرى يشترط فيها المؤمن لمصلحة الغير ، فكثيراً مايؤمن رب العمل لمصلحة عماله كما رأينا ، وقد يؤمن عامل النقل لمصلحة مرسل البضاعة ، وقد يؤمن المدين الراهن على المنزل المرهون من الحريق لمصلحة الدائن المرتهن . وإذا حصلت شركة على احتكار تلتزم به مرفقاً عاما ، كالمياه والنور والغاز والنقل ، فإن مانح الاحتكار يشترط عادة على المحتكر شروطاً لمصلحة المنتفعين من الجمهور ، كحد معين من الأجور . وكثيراً مايفرض رب العمل فى عقود المقاولات على المقاول شروطا لمصلحة العمال : حداً معيناً من حيث الأجور ، وشروطا معينة من حيث ساعات العمل ومن حيث التعويض عن الإصابات .

وننتقل الآن الى بيان شروط تحقق قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير ، ثم الى بيان أحكام هذا الاشتراط .

شروط تحقق قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير :

الاشتراط لمصلحة الغير يفترض وجود أشخاص ثلاثة : المشترط والمتعهد والمنتفع . ولكى يتحقق يجب أن تتوافر الشروط الثلاثة الآتية : (١) أن يشترط المشترط على المتعهد حقاً مباشراً للمنتفع (٢) أن يتعاقد المشترط باسمه لا باسم المنتفع (٣) أن يكون للمشترط من وراء هذا الاشتراط مصلحة شخصية .

فيجب أولا أن يشترط المشترط حقاً مباشراً للمنتفع . أما إن اشترط لنفسه هو ، فإن هذا لا يكون اشتراطاً لمصلحة الغير وان عادت منه فائدة على الغير . مثل ذلك أن يؤمن شخص على مسئوليته عما ينجم من الضرر للغير ، فإن الغير هنا يستفيد من التعويض الذى تدفعه شركة التأمين اذ يستطيع أن يستوفى منه حقه . ولكن ليس له حق مباشر اذ أن المؤمن له قد اشترط

لنفسه لا للمصاب ، ومن ثم لا يرجع المصاب على شركة التأمين الا بطريق الدعوى غير المباشرة فيستعمل دعوى المدين ويزاحمه سائر دائنى هذا المدين. كذلك لا يكفى اعطاء حق للمنتفع اذا لم ينشأ هذا الحق مباشرة من عقد الاشتراط الذى تم ما بين المشترط والمتعهد . فإذا اشترط المشترط الحق لنفسه ثم حوله للغير ، لم يكن فى هذا اشتراط لمصلحة الغير لأن الغير قد استمد الحق من عقد الحوالة لا من عقد الاشتراط . وكما لا يستمد المنتفع حقه من عقد بينه وبين المشترط ، كذلك لا يستمد هذا الحق من عقد بينه وبين المتعهد ، وانما يستمد الحق مباشرة من عقد الاشتراط بين المشترط والمنتفع كما قدمنا .

ويجب ثانياً أن يتعاقد المشترط باسمه لا باسم المنتفع . وهذا الذى يميز الاشتراط لمصلحة الغير عن النيابة . فالنائب ، وكيلا أو ولياً أو وصياً أو فضولياً أو غير ذلك ، يتعاقد باسم الأصيل لا باسمه ، والأصيل لا النائب هو الطرف فى العقد . أما المشترط فيتعاقد باسمه لا باسم المنتفع ، وهو نفسه الطرف فى العقد وليس المنتفع . ويتبين من ذلك أن المشترط ليس فضوليا يتعاقد بالنيابة عن المنتفع ، فهذا رأى قديم تبين الآن فساده . فالفضولى يعمل لحساب رب العمل ويلتزم بالمضى فيما بدأ فيه ، أما المشترط فيعمل لحسابه ، ولا يلتزم بالمضى فى عمله بل له أن ينقض الاشتراط للمنتفع ويضيف الحق لنفسه أو لشخص آخر كما سنرى .

ويجب ثالثاً أن يكون للمشترط مصلحة شخصية فى الاشتراط للغير . وهذا فرق آخر بينه وبين الفضولى ، فالفضولى يقوم بمصلحة ضرورية عاجلة لرب العمل دون أن تكون له أية مصلحة شخصية فى ذلك ، أما المشترط فيقوم للمنتفع بمصلحة ضرورية أو غير ضرورية وله فى ذلك مصلحة شخصية مادية أو أدبية . ويكفى أن يكون للمشترط مصلحة شخصية ، وليس من الضرورى أن يكون له دور شخصى فى العقد ، فقد رأينا الأم وهى تشترط

على والد ابنها النفقة للابن لا تقوم بعمل الفضولى لأن لها مصلحة شخصية فى الاشتراط فهى مدفوعة بعامل الأمومة لا بعامل المروءة ، وهى فى الوقت ذاته ليس لها دور شخصى فى التعاقد فهى لم تلتزم شخصيا ولم يترتب لها شخصياً أى حق .

أحكام الاشتراط لمصلحة الغير :

أثر الاشتراط لمصلحة الغير يظهر فى العلاقة ما بين الأشخاص الثلاثة بعضهم ببعض : فى علاقة المشترط بالمتعهد ، وفى علاقة المشترط بالمنتفع ، وفى علاقة المتعهد بالمنتفع .

أما علاقة المشترط بالمتعهد ، فهذه يحددها عقد الاشتراط الذى تم فيما بينهما . فإذا كان هذا العقد عقد بيع مثلا اشترط فيه البائع على المشترى دفع الثمن لدائن البائع ، التزم المشترط (البائع) نحو المتعهد (المشترى) بأن ينقل إليه ملكية المبيع وبتسليمه إياه والتزم أيضا بضمان الاستحقاق والعيوب الخفية وغير ذلك من التزامات البائع . والتزم المتعهد نحو المشترط بتسلم المبيع ودفع مصروفات البيع ، والتزم فى الوقت ذاته نحو دائن المشترط بدفع الثمن . ولكل من المشترط والمتعهد أن يتمسك قبل الآخر بأوجه الدفع المستمدة من عقد البيع من نحو أوجه بطلان أو أسباب انقضاء . وللمشترط فوق ذلك أن يطالب المتعهد بأن ينفذ التزامه نحو الدائن فيدفع له الثمن ، ويطالبه بتنفيذ هذا الالتزام باسمه لا باسم الدائن ، لأن له مصلحة شخصية فيه وقد بنينا قيام الاشتراط لمصلحة الغير على هذه المصلحة الشخصية .

وأما علاقة المشترط بالمنتفع ، فقد تكون علاقة تبرع وقد تكون علاقة معاوضة . فإذا كان المشترط أراد التبرع للمنتفع ، فلا يشترط شكل الهبة لأنها هنا هبة غير مباشرة . ولكن الأحكام الموضوعية للهبة تسرى . فيجب توافر أهلية التبرع فى المشترط ، ويجوز الطعن فى الهبة بالدعوى البولصية

ولا يشترط أن يكون أى من المشترط والمنتفع سيء النية . ويلاحظ أن المقدار الموهوب ليس هو ما التزم به المتعهد نحو المنتفع ، بل هو مقدار ما دفعه المشترط للمتعهد بشرط ألا يزيد عما التزم به المتعهد نحو المنتفع . فإذا أعطى شخص آخر شيئا قيمته ألف واشترط عليه التزاما لمصلحة الغير قيمته خمسمائة، فإن المقدار الذى وهبه المشترط للمنتفع هو خمسمائة لا ألف . وإذا كان المشترط لم يرد التبرع ، فالعلاقة بينه وبين المنتفع يحددها موقف الأول من الثانى بحسب الأحوال . فقد يكون المشترط مدينا للمنتفع واشترط لمصلحته وفاء للدين ، وقد يكون أراد إقراض المنتفع من طريق الاشتراط لمنفعته ، وقد يكون أراد توكيل المنتفع فى شراء شيء واشترط لمصلحته حتى يهيء له ثمن المبيع .

بقيت علاقة المتعهد بالمنتفع ، وهى أخص ما فى الاشتراط لمصلحة الغير من طابع يتميز به عن غيره من ضروب التعاقد . فالمنتفع كما قدمنا يكسب من عقد الاشتراط الذى لم يكن طرفا فيه حقا مباشرا يطالب به المتعهد . وإذا قيل كيف ينشيء العقد حقا للغير ، قلنا ولهذا قامت قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير . ثم لماذا لا ينشيء العقد حقا للغير ، إذا كان هذا الحق لا يصبح باتا إلا برضاء الغير كما سنرى ؟ ليس فى المنطق القانونى ما يجعل هذا متعذراً . وإنما هى القاعدة الرومانية العتيقة التى كانت تقضى بأن العقد يقتصر أثره على المتعاقدين نزولا على اعتبارات ترجع للصياغة القانونية عند الرومان ، ولا معنى لبقاء هذه القاعدة بعد زوال مقتضياتها. بل ليس فى المنطق القانونى ما يستعصى على أن يكون التعهد عن الغير — عندما تقوم الحاجة العملية إلى ذلك ولم تقم بعد — على غرار الاشتراط لمصلحة الغير ، فيترتب فى ذمة الغير التزام من عقد لم يكن طرفا فيه ، مادام هذا الالتزام لا يصبح باتا إلا برضاء الغير . ومع وضوح ذلك نرى الفقهاء يعقدون عادة بحثا تقليديا يتساءلون فيه أين مصدر الحق الذى ثبت للمنتفع ؟ لعله يكون فى عقد جديد تم بين المشترط والمنتفع ، أو بين المتعهد والمنتفع ، أو لعل الحق قد نشأ من عمل المشترط على أساس

أنه فضولى يعمل لمصلحة المنتفع ، أو لعله يكون هو حق المشترط كسبه من العقد وحوله بعد ذلك للمنتفع ! وقد سبق أن فندنا كل هذا ، والواقع من الأمر أن الفقهاء يناقضون أنفسهم عندما يقررون أن الاشتراط لمصلحة الغير لايتفق مع القاعدة القديمة التى كانت تقضى بأن العقد لا ينشىء حقا للغير ، ثم إذا وصلوا إلى المكان الذى يبحثون فيه عن مصدر حق المنتفع نسوا ما قرروه من قبل ، وحاولوا أن يخضعوا حق المنتفع لهذه القاعدة القديمة ذاتها التى سبق لهم أن أنكروها ! فلا يجرؤ فقيه على أن يرجع هذا الحق إلى عقد الاشتراط ذاته ، خوفا من أن يصطدم بهذه القاعدة ! أما نحن فلا نتردد فى القول بأن حق المنتفع هو حق مباشر مصدره عقد الاشتراط ذاته ، ولكل من هاتين الخاصيتين نتائج عملية هامة .

أما النتائج التى تترتب على أن حق المنتفع حق مباشر لايتلقاه من المشترط ، فنها : (١) لا شأن لدائنى المشترط بهذا الحق بعد موته ، بل يخلص الحق للمنتفع وحده لأنه لم يتلقه من المشترط ، ولو كان قد تلقاه منه بطريق الميراث لتلقاه مثقلا بديون التركة . وأهم تطبيق لهذه النتيجة عقد التأمين على الحياة ، فإذا تعاقد المؤمن له مشترطا لمصلحه أولاده ثم مات ، فإن الأولاد لايتلقون الحق فى تركة أبيهم ، بل هو حقهم المباشر قبل شركة التأمين ، فلا يثقل هذا الحق بديون التركة ولا يأخذ الدائنون منه شيئا . (٢) ولما كان المنتفع ، بموجب حقه المباشر ، أصبح دائنا للمتعهد ، فدائنو المتعهد وقد أصبح المنتفع واحداً منهم يشتركون معه شركة غرماء فى استيفاء حقوقهم من مال المتعهد . فالمنتفع ، ولا شأن له كما رأينا بدائنى المشترط ، يتحمل على العكس من ذلك مزاحمة دائنى المنتفع .

وأما النتائج التى تترتب على أن حق المنتفع المباشر مصدره عقد الاشتراط ذاته ، فنها : (١) لما كان حق المنتفع مصدره عقد الاشتراط ، فإن هذا الحق يوجد منذ صدور العقد لا من وقت إعلان المنتفع إرادته فى الاستفادة من

الاشتراط أى وقت إقراره للحق . ويترتب على ذلك أنه إذا فقد المتعهد أهليته فى الفترة ما بين صدور العقد وصدور إقرار المنتفع لحقه ، لم يكن هذا مانعا للمنتفع من أن يصدر إقراره . ويترتب على ذلك أيضا أن المنتفع إذا رفض الاشتراط ، جاز الطعن فى رفضه بالدعوى البولصية ، لأنه يكسب الحق منذ صدور عقد الاشتراط ، فرفضه إياه بعد ذلك يعتبر إنقاصا من حقوقه . (٢) لما كان حق المنتفع مصدره عقد الاشتراط ، فإن المتعهد يستطيع أن يتمسك قبل المنتفع بجميع الدفوع الجائزة فى هذا العقد ، فله أن يطعن فيه بأى وجه من وجوه البطلان ، وله أن يتمسك بفسخه إذا تحقق ما يوجب الفسخ .

وحق المنتفع المباشر الذى يكسبه من عقد الاشتراط قابل للنقض إلى أن يصدر منه إقرار لهذا الحق . والذى يثبت له حق النقض هو المشترط ، وهو حق شخصى لا ينتقل إلى الورثة . ويوجه المشترط النقض إلى المنتفع أو إلى المتعهد ، ولكن يجب إعلان المتعهد دائما بالنقض حتى يمتنع عن تنفيذ التزامه نحو المنتفع . وليس للنقض شكل مخصوص ، وكما يقع صريحا يصح أن يكون ضمنيا . وإذا نقض المشترط حق المنتفع ، جاز له أن يعين منتفعا آخر يحل محل المنتفع الأول ، ويثبت له الحق من وقت العقد كذلك فلا يتلقاه من المنتفع الأول ، ويجوز للمشترط أن يضيف الحق إلى نفسه ، وهو على كل حال إذا لم يعين بعد النقض منتفعا آخر أصبح حق المنتفع له هو ، وانقلب الاشتراط لمصلحة الغير فى هذه الحالة عقداً عاديا .

ولا ينقطع حق النقض إلا إذا صدر إقرار المنتفع للاشتراط . وإقرار المنتفع هو تثبيت لحقه ، وليس قبولا لإيجاب معروض عليه من المتعهد أو من المشترط . ولا بد من صدور هذا الإقرار من المنتفع كى لا يثبت له حق دون رضاه ، فإذا صدر الإقرار ثبت الحق من وقت العقد لا من وقت الإقرار كما سبق القول . ويستطيع المنتفع أن يصدر إقراره فى أى وقت شاء

ما دام المشترط لم ينقض الحق ، ولا بد من إعلان المتعهد بالإقرار حتى يسرى في حقه . فإذا صدر الإقرار ، أصبح الحق غير قابل للنقض ، وكان المدين بهذا الحق هو المتعهد أو ورثته . وقد يرفض المنتفع الحق الذى اشترط لمصلحته ، وفى هذه الحالة ينصرف الحق إلى المشترط أو إلى ورثته من وقت العقد لا من وقت الرفض . ويجوز للمشترط ، عند رفض المنتفع أن يعين منتفعا آخر يحل محل المنتفع الذى رفض ، ويثبت حق هذا المنتفع الآخر من وقت العقد لا من وقت تعيين المشترط إياه .

المبحث الثانى

آثار العقد بالنسبة الى الأشخاص

فى الفقه الاسلامى

انصراف أثر العقد الى العاقد :

الأصل فى الفقه الإسلامى ، كما هو الأصل فى الفقه الغربى ، أن أثر العقد ينصرف إلى العاقد نفسه ، ولا يجاوزه إلى غيره ممن لم يكن طرفا فى العقد . فالعاقد إذا باشر العقد بنفسه لنفسه ، انصرف إليه وحده أثر العقد من حكم وحقوق . والفقه الإسلامى يميز بين حكم العقد وهو الأثر الأصلى للعقد والغرض الذى قصد إليه العاقدان من إنشائه ، وحقوق العقد وهى مايستتبعه العقد من التزامات ومطالبات تؤكد حكمه وتحفظه وتكمله[1] .

---

(١) فعقد البيع حكمه نقل ملكية المبيع الى المشترى ، ونقل ملكية الثمن الى البائع ، وحقوقه الزام البائع بتسليم المبيع وقبوله اذا رد اليه بسبب العيب ، وثبوت حقه فى المطالبة بالثمن ، والزام المشترى بأداء الثمن وثبوت حقه فى المطالبة بتسليم المبيع ورد المبيع اذا وجده معيبا وغير ذلك من الحقوق التى تثبت لكل عاقد قبل صاحبه تكميلا لاثر العقد ومحافظة عليه وتوفيرا لكمال الانتفاع به (الاستاذ على الخفيف فى أحكام المعاملات الشرعية ص ٣٤٦ - ص ٣٤٧) .

وقد أكد هذا الأصل فى الفقه الإسلامى صاحب مرشد الحيران فى أكثر من موضع . فنص فى المادة ٢٧٨ على ما يأتى : « يجوز للحر العاقل البالغ غير المحجور عليه أن يباشر أى عقد كان بنفسه أو يوكل به غيره . فمن باشر عقداً من العقود بنفسه لنفسه ، فهو الملزوم دون غيره بما يترتب عليه من الحقوق والأحكام » . ونص فى الفقرة الأولى من المادة ٣٠٦ على أنه « إنما تجرى أحكام العقود فى حق العاقدين ، ولا يلتزم بها غيرهما » .

الطوائف الثلاث :

وقد رأينا فى الفقه الغربى أن أثر العقد قد ينصرف أيضاً إلى طوائف ثلاث : (١) الخلف العام والخلف الخاص (٢) الدائنين (٣) الغير .

فنبحث هنا هل ينصرف أثر العقد فى الفقه الإسلامى أيضاً إلى هذه الطوائف الثلاث ، وإلى أى مدى ينصرف .

المطلب الأول

الخلف العام والخلف الخاص

نص التقنين المدنى العراقى :

عرض التقنين المدنى العراقى ـ ومن مصادره الأساسية الفقه الإسلامى ـ لانصراف أثر العقد إلى كل من الخلف العام والخلف الخاص ، فنص فى المادة ١٤٢ على ما يأتى :

١ ــ « ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث ، ما لم يثبت من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام » .

٢ ــ « إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقا شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص ، فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف فى الوقت الذى ينتقل فيه الشيء إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه » .

وظاهر أن هذا النص قد أخذ حرفيا من نص المادتين ١٤٥ و ١٤٦ من التقنين المدنى المصرى ، ويشعر هذا باتفاق الفقه الإسلامى مع الفقه الغربى فى جواز انصراف أثر العقد إلى كل من الخلف العام والخلف الخاص . فنبحث الآن إلى أى مدى ينصرف أثر العقد فى الفقه الإسلامى إلى كل من الخلفين .

§ ١ — الخلف العام

التمييز بين الحقوق الناشئة من العقد والديون المترتبة على العقد :

يجب أن نميز فى الفقه الإسلامى ، فى صدد ما نحن فيه ، بين الحقوق الناشئة من العقد والديون المترتبة عليه . ونستعمل هنا كلمة « الحقوق » بالمعنى المفهوم فى الفقه الغربى ، لا بالمعنى الذى يقابل بين حقوق العقد وحكمه فى الفقه الإسلامى .

فالأصل أن الحقوق الناشئة من العقد تنصرف إلى الوارث بعد موت المورث ، لأن الوارث خلف المورث فى الحقوق . ولا تنتقل الديون المترتبة على العقد من المورث إلى الوارث بل تبقى فى التركة ، لأن خلافة الوارث للمورث إنما تكون فى الحقوق لا فى الديون . وكالوارث الموصى له بجزء من مجموع التركة .

١ — حقوق التركة

انتقال الحقوق الناشئة من العقد من المورث إلى الوارث :

إذا أبرم المورث عقداً نشأت له حقوق منه ، فإن هذه الحقوق تنتقل بذواتها إلى الوارث بعد موت المورث . فإذا باع شخص عيناً مملوكة له بثمن مؤجل ، ونشأ من عقد البيع حق للبائع فى هذا الثمن ، ومات البائع قبل أن يحل الأجل أو بعد أن حل ولكن قبل أن يقبض الثمن ، فإن هذا الحق الناشىء من عقد البيع ينتقل بذاته — مؤجلا أو حل أجله — إلى الوارث . وإذا فرض أن البائع كان قد أخذ بالثمن رهنا ، فإن حق الرهن المترتب على عقد الرهن ينتقل هو أيضا مع حق الثمن من المورث إلى الوارث . كذلك إذا اشترى المورث عينا وأصبح له حق بموجب عقد البيع فى قبضها ، ومات قبل القبض ، فإن الحق فى قبض العين ينتقل من المورث إلى الوارث ، ويستطيع الوارث أن يطالب البائع بتسليم العين ، بل يستطيع أيضا أن يحبس الثمن الذى هو دين فى التركة حتى يتم التسليم .

ومن الحقوق التى يكسبها المورث بالعقد فتنتقل منه إلى الوارث حقوق الارتفاق وحق التعلى وحق قبول الوصية .

فحقوق الارتفاق ، كحق الشرب وحق المجرى وحق المسيل وحق المرور ، تتعلق بأعيان مالية وهى الأرض التى تقررت عليها هذه الحقوق فتغلب فيها معنى المالية ، فتنتقل إلى الوارث مع العين صاحبة الارتفاق أى العين المرتفقة . فإذا مات شخص عن أرض لها حق شرب أو مجرى أو مسيل أو مرور على أرض أخرى ، انتقلت الأرض المرتفقة بما لها من حقوق ارتفاق إلى الوارث . بل إن الفقه الإسلامى ، خلافا للفقه الغربى ، يتصور جواز انفصال حقوق الارتفاق عن العقار المرتفق ، كما إذا باع صاحب العقار المرتفق عقاره دون أن ينص على دخول حقوق الارتفاق فى البيع ، فيملك المشترى

العقار مجرداً من حقوق الارتفاق وتبقى هذه الحقوق للبائع مستقلة عن العقار . وحتى فى هذه الحالة تنتقل من المورث إلى الوارث ، فنى الفرض الذى قدمناه تنتقل حقوق الارتفاق التى بقيت للبائع منه إلى وارثه .

وحق التعلى هو حق قيام بناء على بناء آخر ، فالعلو له حق التعلى على السفل . وهو فى حكم المال ، فينتقل بالميراث تبعا للبناء المستعلى أو مستقلا عنه . فإذا مات صاحب العلو وعلوه قائم على السفل ، انتقل العلو بما يتبعه من حق التعلى إلى الوارث . وإذا مات صاحب العلو بعد أن انهدم علوه ولم يبق له إلا حق التعلى مستقلا ، انتقل هذا الحق إلى الوارث فيكون له حق البناء على السفل . وإذا كان لايجوز بيع حق التعلى مستقلا عند الحنفية ، فإنه مع ذلك يجرى التوارث فيه مستقلا عندهم . أما عند المالكية والحنابلة فيجوز بيع حق التعلى مستقلا ، بل يجوز بيعه مستقلا قبل بناء السفل ، فيباع الهواء فوق ما سيبنى من البناء إذا وصف كل من البناء الأسفل والبناء الأعلى وصفا نافيا للجهالة ، ومن باب أولى يجرى التوارث فيه .

وحق قبول الوصية ينتقل من الموصى له ، إذا مات قبل قبول الوصية ، إلى وارثه ، وهذا بإجماع المذاهب الأربعة على خلاف بينها فيما ينتقل . أما عند الحنفية فالذى ينتقل إلى الوارث هو الشيء الموصى به ذاته ، لأن الوصية عندهم تتم بالإيجاب مع اليأس من أن يردها الموصى له . فإذا مات الموصى له قبل أن يقبل أو يرد ، فقد تحقق اليأس من الرد ، واعتبر الموصى به ملكا للموصى له ودخل فى تركته ، فينتقل مع سائر حقوق التركة إلى الوارث . وأما عند المالكية والشافعية والحنابلة فالذى ينتقل لورثة الموصى له هو حق قبول الوصية، إذ الوصية عندهم لا تتم إلا بقبولها من الموصى له بعد موت الموصى ، فإذا مات الموصى له قبل أن يقبل الوصية انتقل حق القبول الى ورثته . ومن ثم نرى أن حق قبول الوصية، فى هذه المذاهب الثلاثة ، قد تغلبت فيه الناحية المالية لأنه تعلق بعين مالية هى العين الموصى بها[١].

---

(١) انظر فى انتقال حقوق الارتفاق وحق التعلى وحق قبول الوصية ، بحثا للأستاذ على الخفيف فى تأثير الموت فى حقوق الانسان والتزاماته ، نشر فى مجلة القانون والاقتصاد ، السنة العاشرة العددين الخامس والسادس .

الاستثناءات : مالا ينتقل من الحقوق إلى الوارث :

وإذا كان الأصل فى الفقه الإسلامى ، كما فى الفقه الغربى ، أن حقوق التركة تنتقل إلى الوارث ، فهناك استثناءات ترد على هذا الأصل ، ترجع ، كما فى الفقه الغربى أيضا ، إلى طبيعة الحق .

فما كان من الحقوق ليس حقا ماليا ، وما كان حقا ماليا ولكنه متصل بشخص المورث ، وما اتصل بمشيئة المورث لا بماله ، كل هذا لا ينتقل إلى الوارث ، لأن طبيعة الحق تستعصى على هذا الانتقال ، وتأبى إلا بقاء الحق مع صاحبه الأصلى وزواله بموته . فنستعرض أمثلة من هذه الأنواع الثلاثة من الحقوق .

الحقوق غير المالية :

لا تنتقل حقوق المورث غير المالية الى الوارث بداهة . فحق الحضانة ، وحق الولاية على النفس ، وحق الولاية على المال ، كل هذه ليست بحقوق مالية فلا تنتقل إلى الوارث . هذا إلى أن هذه الحقوق لم يكسبها المورث بالعقد ليبحث هل ينصرف أثر العقد إلى الوارث ، بل أكسبها إياه الشرع . وما يكسبه المورث من هذه الحقوق غير المالية بالإرادة ، كما لو كان وصى الأب أو وصى الجد ، لا ينتقل أيضا إلى الوارث .

كذلك حق المطالبة بحد القذف — ويذكرنا هذا الحق وإن كان غير مالى بحق التعويض المالى عن الضرر الأدبى الذى مر بنا فى الفقه الغربى — لا يجرى فيه الإرث ولا ينتقل إلى ورثة المقذوف ، لأن الإرث إنما يجرى فيما يترك من مال . وهذا ما ذهبت إليه الحنفية . وذهب أحمد بن حنبل فى أشهر الروايتين إلى أنه يسقط بموت المقذوف إذا مات قبل أن يطالب به ، فإن طالب به ثم توفى لم يسقط ، وثبت لعصبته لا لورثته حق استيفائه . وذهب مالك والشافعى وأحمد فى رواية أخرى إلى أنه لا يسقط بالموت ، لأن المعرة تلحق المقذوف

وأقاربه. ولكنهم اختلفوا فيمن يكون له حق المطالبة بإقامة الحد بعد موت المقذوف . فذهب الشافعى إلى أنه يثبت للورثة على حسب ترتيبهم فى الميراث، ولكن يثبت لكل وارث على التمام وإن لم يستقل بكل التركة . فإذا عفا أحدهم عن حقه فلمن يأتى بعده من الورثة أن يطالب به ويستوفيه كله. وقيل فى مذهب الشافعى إنه يثبت للورثة بقدر نصيبهم فى الميراث ، فإذا عفا أحدهم سقط من الحد بقدر مايخصه . وذهب مالك إلى أن حق المطالبة بإقامة الحد يثبث لكل قريب قام به سبب الإرث وإن لم يرث فعلا لما لحقه من العار ، فيثبت للأبعد مع وجود الأقرب كابن الابن مع وجود الابن ، وثبوته لهؤلاء إنما هو ثبوت ابتداء لا بطريق الوراثة من المقذوف. ويتبين مما قدمناه أن الغالب فى الفقه الإسلامى أن حق المطالبة بحد القذف لاينتقل إلى الوارث بطريق الميراث ، فهو إما لاينتقل أصلا كما فى المذهب الحنفى ، أو يثبت ابتداء لعصبة المقذوف وأقاربه باعتبارهم مجنيا عليهم قد لحقهم عار شخصى من القذف لا باعتبارهم ورثة إنتقل إليهم هذا الحق من المورث . ولا يوجد إلا قول مرجوح فى مذهب الشافعى هو الذى يجعل الحق ينتقل إلى الورثة بالميراث ، وبقدر نصيبهم فيه ، فإذا عفا أحدهم سقط من الحد بقدر ما يخصه.

الحقوق المالية المتصلة بشخص المورث :

وما كان من الحقوق مالياً ولكنه متصل بشخص المورث لا ينتقل إلى الوارث . فدين النفقة ، سواء كان الدائن زوجة أو قريبا ، لا ينتقل إلى الوارث بعد موت الدائن ، وذلك مالم يأذن القاضى للدائن بالاستدانة ويستدن فعلا . وحق الانتفاع لا يثبت لشخص إلا مدة معينة لا تجاوز مدة حياته ، فلا ينتقل إلى وارث المنتفع بعد الموت . وحق رجوع الواهب فى الهبة حين يجوز الرجوع حق متصل بشخص الواهب ، فلا ينتقل منه إلى وارثه ، بل يسقط بموته .

ولا ينتقل بالموت إلى الوارث حق المالك فى إجازة تصرف الفضولى .

ويرجع ذلك غالباً إلى إن الأجازة تستند من جهة ، وتكون إنشاء من جهة أخرى . فوجب أن يكون المالك موجوداً وقت صدور التصرف مراعاة لحق الاستناد ، ووقت الإجازة مراعاة لحق الإنشاء . فإذا مات بين الوقتين لم تعد الاجازة ممكنة ، فلا يتصور انتقالها إلى الوارث (أنظر فى تعليل آخر يستند إلى قاعدة معروفة فى الفقة الاسلامى تقضى بأن الملك البات إذا طرأ على الملك الموقوف أبطله مقال الأستاذ على الخفيف فى تأثير الموت فى حقوق الانسان والتزاماته ص ٣١ – ٣٢) .

وحق الأجل فى الدين حق متصل بشخص المدين فى الفقه الاسلامى ، فقد نظر الدائن فيه إلى شخص المدين لأمانته أو لملاءته أو للشفقة عليه أو للرغبة فى إسداء الجميل اليه ، وهذه كلها اعتبارات شخصية لا تورث . فإذا مات المدين قبل أن يحل أجل دينه ، لم ينتفع الوارث بالأجل ، بل يحل الدين بموت المدين . أما إذا مات الدائن قبل حلول الأجل ، بقى الأجل على حاله ولم يحل الدين ، ووجب على ورثة الدائن أن يتربصوا حتى ينتهى الأجل ليطالبوا بحق مورثهم . وهناك اعتبارات أخرى غير ما قدمناه ، تذكر فى الفقه الاسلامى ، لتبرير حلول الدين بموت المدين . من ذلك ما جاء فى الأم للشافعى : « وإذا مات الرجل وله على الناس ديون إلى أجل ، فهى الى أجلها لاتحل بموته . ولو كانت الديون على الميت الى أجل ، فلم أعلم مخالفاً حفظت عنه ، ممن لقيت ، فى أنها حالة يتحاص فيها الغرماء . فإن فضل فضل ، كان لأهل الميراث والوصايا إن كانت له . قال ويشبه أن يكون من حجة من قال هذا القول ، مع تتابعهم عليه ، أن يقولوا : لما كان غرماء الميت أحق بماله فى حياته ، كانوا أحق بماله بعد وفاته من ورثته . فلو تركنا ديونهم إلى حلولها كما ندعها فى الحياة ، كنا منعنا الميت أن تبرأ ذمته ، ومنعنا الوارث أن يأخذ الفضل عن دين غريم أبيه . ولعل من حجتهم أن يقولوا إن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه دينه » .

وهذا بخلاف الفقه الغربى ، فإن الأجل فى الدين متصل بالدين ذاته لا بشخص المدين ، بل هو وصف فى الدين ، فإذا مات الدائن أو المدين لم يحل الدين إذا كان الأجل لم ينقض . ولم يخل الفقه الاسلامى من أقوال تذهب إلى ماذهب اليه الفقه الغربى من عدم حلول الدين المؤجل بموت المدين . فمالك يشترط لسقوط الأجل بالموت شرطين . أحدهما ألا يكون الدائن قد تسبب فى موت المدين ، فإن استعجل موته قبل أوانه عوقب بحرمانه من سقوط الأجل فيبقى الدين مؤجلا على ما كان . والشرط الثانى ألا يكون المدين قد اتفق مع الدائن على عدم سقوط الأجل بموت المدين ، فإن اشترط المدين بقاء الدين مؤجلا بعد موته إلى أن ينقضى الأجل ، صح هذا الشرط ولم يسقط الأجل بموت المدين [1]. وفى المذهب الحنبلى روايتان ، إحداهما أن الديون المؤجلة لا تحل بالموت إذا وثقها الورثة، والرواية الأخرى أنها تحل بالموت . . جاء فى المغنى (جزء ٤ ص ٤٨٥ — ص ٤٨٧) ، « إن مات وعليه ديون مؤجلة ، فهل تحل بالموت ؟ فيه روايتان . إحداهما لا تحل إذا وثق الورثة ؛ وهو قول ابن سيرين وعبد الله بن الحسن وإسحاق وأبى عبيد ، وقال طاوس وأبو بكر بن محمد والزهرى وسعيد ابن ابراهيم الدين إلى أجله ، وحكى ذلك عن الحسن . والرواية الأخرى أنه يحل بالموت ، وبه قال الشعبى والنخعى وسوار ومالك والثورى والشافعى وأصحاب الرأى . لأنه لايخلو إما أن يبقى فى ذمة الميت ، أو الورثة ، أو يتعلق بالمال . لايجوز بقاؤه فى ذمة الميت ، لخرابها وتعذر مطالبته بها . ولا فى ذمة الورثة ، لأنهم لم يلتزموها ، ولا رضى صاحب الدين بذممهم وهى مختلفة متباينة. ولا يجوز تعليقه على الأعيان وتأجيله ، لأنه ضرر بالميت وصاحب الدين ولا نفع للورثة فيه . أما الميت فلأن النبى صلى الله عليه وسلم قال : الميت مرتهن بدينه حتى يقضى عنه . وأما صاحبه فيتأخر حقه ، وقد تتلف العين

---

(١) أنظر مقال الاستاذ على الخفيف فى تأثير الموت فى حقوق الانسان والتزاماته ص ٢٣ ، وانظر أيضا الاستاذ محمد أبو زهرة فى أحكام الشركات والمواريث ص ٣٨ — ص ٣٩ .

فيسقط حقه . وأما الورثة فإنهم لا ينتفعون بالأعيان ولا يتصرفون فيها ، وإن حصلت لهم منفعة فلا يسقط حق الميت وصاحب الدين لمنفعة لهم . ولنا .. أن الموت ماجعل مبطلا للحقوق ، وإنما هو ميقات للخلافة وعلامة على الوراثة . وقد قال النبى صلى الله عليه وسلم : من ترك حقاً أو مالا فلورثته . . فعلى هذا يبقى الدين فى ذمة الميت كما كان ، ويتعلق بعين ماله كتعلق حقوق الغرماء بمال المفلس عند الحجر عليه . فإن أحب الورثة أداء الدين والتزامه للغريم ويتصرفون فى المال ، لم يكن لهم ذلك إلا أن يرضى الغريم أو يوثقوا الحق بضمين ملىء أو رهن يثق به لوفاء حقه . فإنهم قد لا يكونون أملياء ولم يرض بهم الغريم ، فيؤدى إلى فوات الحق . وذكر القاضى أن الحق ينتقل إلى ذمم الورثة بموت مورثهم ، من غير أن يشترط التزامهم له . ولا ينبغى أن يلزم الإنسان دين لم يلتزمه ولم يتعاط سببه ، ولو لزمهم ذلك لموت مورثهم للزمهم وإن لم يخلف وفاء . . وإن مات مفلس وله غرماء بعض ديونهم مؤجل وبعضها حال ، وقلنا المؤجل يحل بالموت ، تساووا فى التركة فاقتسموها على قدر ديونهم . وإن قلنا لا يحل بالموت ، نظرنا ، فإن وثق الورثة لصاحب المؤجل اختص أصحاب الحال بالتركة ، وإن امتنع الورثة من التوثيق حل دينه وشارك أصحاب الحال لئلا يفضى إلى إسقاط دينه بالكلية » .

الحقوق المالية التى تتصل بمشيئة المورث لا بماله :

وهناك حقوق مالية تتصل بمشيئة المورث لا بماله ، وهذه أيضا لا تنتقل إلى الورثة ، لأن المشيئة لا تورث . نذكر من ذلك الخيارات وحق الأخذ بالشفعة.

وأهم الخيارات هى خيار الشرط وخيار الرؤية وخيار التعيين وخيار العيب وخيار فوات الوصف. ويذهب الحنفية إلى أن هذه الخيارات لا تورث ، إذ هى متصلة بشخص صاحب الخيار ، وليست إلا إتجاها لإرادته ومظهراً من مظاهر مشيئته . وليس للإرادة أو المشيئة بقاء بعد الموت ، فتنتهى به ولا تنتقل إلى الوارث . إلا أن كلا من خيار التعيين وخيار العيب وخيار فوات الوصف يثبت للوارث بعد موت المورث ابتداء ، لا بطريق الوراثة والخلافة ،

لأن هذه الخيارات إنما تثبت لعلل تحققت فى العين ذاتها . فخيار التعيين يثبت نتيجة لاختلاط المال ، وكل من خيار العيب وخيار فوات الوصف يثبت لضياع بعض المال أو نقصه . وهذه العلل تبقى قائمة حتى بعد انتقال العين إلى الوارث فيثبت الخيار للوارث ابتداء لقيام العلة ، لا لأن الخيار انتقل إليه من وارثه. ويذهب مالك والشافعى وأحمد إلى أن كلا من خيار التعيين وخيار العيب وخيار الوصف ينتقل بالميراث ، لأنها حقوق مالية تنتقل إلى الوارث كسائر الحقوق ، وإذا كان انتقال العين نفسها إلى الوارث بطريق الإرث والخلافة فكذلك يكون انتقال الخيار المتعلق بها . وكذلك الحكم فى خيار الشرط عند الشافعى ومالك إذ هو حق مالى يقوم الوارث فيه مقام مورثه ، خلافا لأحمد فقد ذهب إلى أنه لا يورث إلا إذا اختار من له الخيار قبل موته، أما إذا لم يختر قبل الموت فلا يورث الخيار .

أما حق الشفعة فيذهب الحنفية إلى أنه لا يورث كما لا يورث خيار الشرط ، لأن كلا منهما مشيئة والمشيئة لا تورث . وهذه رواية عن أحمد ، وفى رواية أخرى عنه حق الشفعة يورث إذا كان الشفيع لم يمت إلا بعد أن طلب الأخذ بالشفعة . وذهب مالك والشافعى إلى أن حق الشفعة يورث ، لأنه حق متعلق بالمال ومفض إلى تملكه . وأما ما تقوله الحنفية من أنه إرادة ومشيئة ، فالإرادة تتعلق هنا بشىء له وجود سابق ، إذ الشفيع لا يستطيع المطالبة بأخذ أى عقار بالشفعة ، بل يأخذ عقاراً معيناً بالذات لأنه أولى به من مشتريه ، فإذا مات الشفيع قبل أن يطلب لم تتغير حال العقار المبيع ، فيكون الوارث أحق به من مشتريه لقيام الوارث مقام المورث . جاء فى البدائع وهو من كتب الفقه الحنفى : « وأما الضرورى (فيما يبطل به حق الشفعة) فنحو أن يموت الشفيع بعد الطلبين قبل الأخذ بالشفعة ، فتبطل شفعته . وهذا عندنا ، وعند الشافعى رحمه الله لا تبطل ولوارثه حق الأخذ . ولقب المسألة أن خيار الشفعة هل يورث ؟ عندنا لا يورث ، وعنده يورث . والكلام فيه من الجانبين على نحو الكلام فى خيار الشرط » (جزء ٥ ص ٢٢) . وجاء فى بداية المجتهد

وهو من كتب الفقه المالكى : « فمن ذلك اختلافهم فى ميراث حق الشفعة ، فذهب الكوفيون إلى أنه لا يورث كما أنه لا يباع ، وذهب مالك والشافعى وأهل الحجاز إلى أنها موروثة قياساً على الأموال » (جزء ٢ ص ٢١٨) . وجاء فى المهذب وهو من كتب الفقه الشافعى : « وإن مات الشفيع قبل العفو والأخذ ، انتقل حقه من الشفعة إلى ورثته ، لأنه قبض ما استحقه بعقد البيع فانتقل إلى الورثة كقبض المشترى فى البيع ، ولأنه خيار ثابت لدفع الضرر عن المال فورث كالرد بالعيب . »[1] (جزء أول ص ٣٨٣) . وجاء فى المغنى وهو من كتب الفقه الحنبلى : « والشفعة لا تورث ، إلا أن يكون الميت طالب بها . وجملة ذلك : أن الشفيع إذا مات قبل الأخذ بها ، لم يخل من حالين. أحدهما أن يموت قبل الطلب بها ، فتسقط ولا تنتقل إلى الورثة . وقال أحمد الموت يبطل به ثلاثة أشياء : الشفعة ، والحد إذا مات المقذوف ، والخيار إذا مات الذى اشترط الخيار لم يكن للورثة . هذه الثلاثة الأشياء إنما هى بالطلب، فإذا لم يطلب فليس تجب ، إلا أن يشهد أنى على حق من كذا وكذا وأنى قد طلبته . فإن مات بعده ، كان لوارثه الطلب به . وروى سقوطه بالموت

---

(١) ويرد الزيلعى من فقهاء الحنفية على مذهب الشافعى بما يأتى : « وقال الشافعى لا تبطل بموت الشفيع أيضا ، لان هذا حق معتبر فى الشرع كالقصاص وحق الرد بالعيب . ولنا انه مجرد حق وهو حق التملك ، وانه مجرد رأى ، وهو صفته فلا يورث عنه . بخلاف القصاص ، لان من عليه القصاص صار كالمملوك لمن له القصاص ، ولهذا جاز أخذ العوض عنه ، وملك العين يبقى بعد الموت فأمكن ارثه . بخلاف الشفعة ، لانها مجرد حق اذ هى مجرد الرأى والمشيئة ، ولهذا لا يجوز الاعتياض عنها ، وكذا لا يمكن ارثها . ولان الشفيع يزول ملكه بالموت عن داره التى يشفع بها ، ويثبت الملك فيها للوارث بعد البيع ، وقيام ملك الشفيع فى التى يشفع بها من وقت البيع الى الاخذ بالشفعة شرط ، ولم يوجد فى حق الميت وقت الاخذ ولا فى حق الوارث وقت البيع ، فبطلت لانها لا تستحق بالملك الحادث بعد البيع ولا بالملك الزائل وقت الاخذ . وانما لا تبطل بموت المشترى لان المستحق باق ولم يتغير سبب حقه ، وانما حصل الانتقال الى الورثة فى الدار المشفوعة ، وذلك حقه ، كما اذا انتقل الى غيره بسبب اخر فينقضه ويأخذها بالشفعة ، كما ينقض سائر تصرفاته حتى المسجد والمقبرة والوقف ، وكذا لو باعها القاضى بعد موته أو باعها وصيه كان له نقضه » . (الزيلعى جزء ٥ ص ٢٥٧ — ص ٢٥٨) .

عن الحسن وابن سيرين والشعبي والنخعي، وبه قال الثوري وإسحاق وأصحاب الرأي، وقال مالك والشافعي والعنبري يورث، قال أبو الخطاب ويتخرج لنا مثل ذلك لأنه خيار ثابت لدفع الضرر عن المال فيورث كخيار الرد بالعيب. ولنا أنه حق فسخ ثبت لا لفوات جزء، فلم يورث كالرجوع في الهبة، ولأنه نوع خيار جعل للتمليك أشبه خيار القبول. فأما خيار الرد بالعيب، فانه لاستدراك جزء فات من المبيع. الحال الثاني إذا طالب بالشفعة ثم مات، فإن حق الشفعة ينتقل إلى الورثة قولا واحداً، ذكره أبو الخطاب وقد ذكرنا نص أحمد عليه. لأن الحق يتقرر بالطلب، ولذلك لا يسقط بتأخير الأخذ بعده، وقبله يسقط. وقال القاضي يصير الشقص ملكا للشفيع بنفس المطالبة، وقد ذكرنا أن الصحيح غير هذا، فإنه لو كان ملكا للشفيع لم يصح العفو عن الشفعة بعد طلبها كما لا يصح العفو عنها بعد الأخذ بها. فإذا ثبت هذا، فإن الحق ينتقل إلى جميع الورثة على حسب مواريثهم، لأنه حق مالي موروث .. . فإن ترك بعض الورثة حقه توافر الحق على سائر الورثة، ولم يكن لهم أن يأخذوا إلا الكل أو يتركوا كالشفعاء إذا عفا بعضهم عن شفعته، لأنا لو جوزنا أخذ بعض الشقص المبيع تبعضت الصفقة على المشتري وهذا ضرر في حقه» (جزء ٥ طبعة ثالثة ص ٣٤٦ — ص ٣٤٧).

وإذا كنا قد تبسطنا في الكلام في انتقال حق الشفعة وبيان اختلاف المذاهب فيه، فذلك لأن هذه المسألة الهامة لا تزال محلا للخلاف أمام القضاء المصري، ومرجع القضاء في ذلك هو الفقه الإسلامي إذ هو مصدر حق الشفعة. وقد كان المشروع التمهيدي للتقنين المدني المصري الجديد يشتمل على نص في هذا الصدد يحسم الخلاف، ويقضي بأن حق الشفعة ينتقل بالميراث، إذ كانت الفقرة الثانية من المادة ١٣٨٢ من هذا المشروع تنص على ما يأتي: «والحق في الشفعة لا ينتقل بالحوالة، وإنما ينتقل بالميراث، وهو حق لا يتجزأ في استعماله». وقد عدل هذا النص في لجنة المراجعة، فأصبح يقضي بأن «الحق في الشفعة لا ينتقل بالتحويل ولا بالميراث». ثم أعيدت مناقشة هذا النص

فى لجنة مجلس الشيوخ ، واستقر الرأى بعد مناقشة طويلة على حذفه أصلا ، وترك الحكم فيما إذا كان حق الشفعة ينتقل بالميراث أو لا ينتقل لاجتهاد القضاء. وعلى هذا النحو صدر التقنين المدنى المصرى الجديد خاليا من النص الذى كان يراد به حسم خلاف محتدم فى القضاء المصرى . فقد كان بعض المحاكم ، فى عهد التقنين السابق ، يقضى بانتقال حق الشفعة بالميراث ، وبعض آخر يقضى بعدم انتقاله . ثم رفع الأمر إلى محكمة الاستئناف فى دوائرها المجتمعة ، فقضت فى ٣ مايو سنة ١٩٣٠ بأن حق الشفعة لا ينتقل بالميراث . ولكن عندما أنشئت محكمة النقض ، رفع إليها الأمر ، فقضت فى ٨ يونية سنة ١٩٣٩ بعكس ماقضت به الدوائر المجتمعة لمحكمة الاستئناف وبأن حق الشفعة ينتقل بالميراث . وقد جاء فى أسباب حكمها مايأتى : « وحيث أن الأصل فى القوانين الوضعية أن من ترك مالا فلورثته . . ولهذا خلت القوانين الوضعية من النص فيها على ماينتقل للورثة من الخيارات المختلفة ، لأن الأصل فيها جميعاً الانتقال للورثة ، إلا ماكان خاصاً بذات صاحب الخيار فيسقط بالموت . وكما خلا القانون المصرى من حكم خيار العيب وخيار الشرط وخيار التعيين وخيار الاسترداد الوراثى وخيار المدين دفع ثمن الدين المبيع لمشتريه ، كذلك خلا قانون الشفعة من النص على حكم خيار الشفيع أينتقل للورثة أو لا ينتقل. فالقول الفصل فيها جميعا أنها تنتقل قانونا إلى ورثة صاحب الخيار ، لأنها حقوق مالية يجرى فيها التوارث مجرى الأصل . وحيث أن الأصل كذلك فى الشريعة الإسلامية — على مذهب جمهور الفقهاء — هو أن تورث الحقوق والأموال إلا ماقام دليل على مفارقة الحق فى هذا المعنى للمال . أما الحنفية منهم ، فالأصل عندهم أن يورث المال دون الحقوق ، لأن الذى ثبت عن الشارع هو قوله صلى الله عليه وسلم : من ترك مالا فلورثته . إلا ماقام دليله من إلحاق الحقوق بالأموال . فموضع الخلاف بين الأئمة هل الأصل هو أن تورث الحقوق كالأموال أم لا . فأبو حنيفة وأصحابه يذهبون إلى أن الوارث يكون له ماكان للمورث من الخيارات فى خيار العيب وخيار فوات الوصف

المرغوب فيه وخيار التعين وخيارات أخرى ، لاعلى اعتبار أن الذى ينتقل للورثة هو حق من الحقوق ، بل على اعتبار أن المنتقل إليهم عين التصقت بها حقوق . فنى خيار العيب وخيار فوات الوصف السبب الحامل على الخيار قائم بالعين بعد موت المورث كما كان قائما قبله . أما خيار الشفعة ، فليس متعلقا بالعين المشفوع فيها ولاصقاً بها ، بل هو راجع لمحض إرادة الشفيع فإن شاء أخذ وإن شاء ترك ، فهو لاينتقل إلى الوارث لأنه ليس بمال ولافى معنى المال . أما جمهور الفقهاء ومنهم الأئمة الثلاثة مالك والشافعى وأحمد ، فأصلهم أن الحقوق والاختصاصات والخيارات تورث كما تورث الأموال إلا ماكان صفة خاصة بذى الخيار كخيار الأب فى رد هبته ، فلا يورث لأنه خيار راجع إلى صفة فى الأب لاتوجد فى غيره وهى الأبوة . فسبب اختلافهم إذن فى خيار خيار ، على مايقوله الإمام ابن رشد ، أنه من انقدح له فى شيء منها أنه صفة للعقد ورثه ، ومن انقدح له أنه صفة خاصة لذى الخيار لم يورثه. وحيث أن مذهب جمهور الفقهاء ومنهم الأئمة الثلاثة فى انتقال الخيارات انتقال الأموال والحقوق إلى الورثة هو الذى يلائم مذهب القانون المصرى فيما جرى به من توريث الأموال والحقوق المتعلقة بالأموال والحقوق المجردة والمنافع والخيارات والمزاعم والدعاوى وآجال الديون . فمن مات وعليه دين مؤجل ، فلا يحل أجل الدين بموته لأنه حق استفاده المدين حال حياته ، فينتقل بعد موته إلى ورثته ميراثا عنه . والمنافع المملوكة لشخص إذا مات قبل استيفائها يخلفه ورثته فيما بقى منها ، ولهذا لاتنفسخ الإجارة بموت المستأجر أو المؤجر فى أثناء المدة ومن أعطيت له أرض ليحييها بالزراعة أو العمارة فحجرها ولم يباشر فيها عمل الإحياء وكان ذلك قبل مضى ثلاث سنين حل وارثه محله فى اختصاصه بها وأولويته بإحيائها . وإذا مات الدائن المرتهن انتقلت العين المرهونة إلى يد وارثه ، وانتقل معها حق حبسها حتى يستوفى الدين . وهذا كله صحيح فى مذهب القانون وجمهور الفقهاء ومنهم الأئمة الثلاثة ، وغير صحيح فى مذهب أبى حنيفة . والخلاصة أن حكم القانون فى خيار

الشفعة هو انتقاله إلى الورثة ، كرأى جمهور أولئك الفقهاء والأئمة . وحيث أنه ينتج من ذلك أن محكمة الاستئناف ، إذ قضت بسقوط حق الشفيع بموته قبل القضاء معتمدة فى ذلك على مذهب أبى حنيفة وعلى خلو القانون من نص صريح يخالف المعتمد فى هذا المذهب ، تكون قد خالفت حكم القانون المدنى فيما استنبطته هذه المحكمة من فقهه كما سبق الذكر » . (نقض مدنى ٨ يونيه سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٨٩ ص ٥٧٥ — انظر نقض مدنى ٣١ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٣ ص ٨٠) . ولا شك فى أنه مادام أن النص الذى كان مشروع التقنين المدنى الجديد يشتمل عليه لحسم الخلاف قد حذف ، وترك الأمر لاجتهاد القضاء ، ولم ير المشرع أن يضيف إلى سلسلة القيود التى أحاط بها الشفعة تخففا من أثرها فى تقييد حرية التعامل قيداً جديداً بالنص صراحة على أن حق الشفعة لاينتقل بالميراث ، فلا مناص من الرجوع إلى أحكام القضاء فى هذه المسألة . ويبدو أن محكمة النقض فى حكمها المتقدم الذكر ، وفيما استند إليه هذا الحكم من أسباب وجيهة ، قد حسمت الخلاف ، إذ قضت بأن حق الشفعة هو حق مالى ينتقل بالميراث كسائر الحقوق المالية .(١)

بعض النصوص الفقهية الهامة فيما ينتقل من الحقوق الى الورثة وما لا ينتقل :

ونتقل هنا بعضاً من النصوص الفقهية التى تتناول تعيين ما ينتقل من الحقوق إلى الورثة ومالا ينتقل .

جاء فى الفروق للقرافى (جزء ٣ ص ٢٧٥ — ص ٢٧٩) وهو من كتب الفقه المالكى : «اعلم أنه يروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من مات عن حق فلورثته . وهذا اللفظ ليس على عمومه ، بل من الحقوق ماينتقل

---

(١) انظر أيضا فى أن الحقوق المستمدة من الاجارة لاتنتقل لا الى ورثة المؤجر ولا الى ورثة المستأجر فى المذهب الحنفى ، وتنتقل الى الورثة فى المذاهب الاخرى الى الدكتور صبحى محمصانى فى النظرية العامة للموجبات والعقود فى الشريعة الاسلامية . الجزء الثانى ص ٣٣٩ .

إلى الوارث ومنها مالا ينتقل . فمن حق الإنسان أن يلاعن عند سبب اللعان، وأن يفيء بعد الإيلاء ، وأن يعود بعد الظهار ، وأن يختار من نسوة إذا أسلم عليهن وهن أكثر من أربع ، وأن يختار إحدى الأختين إذا أسلم عليهما . وإذا جعل المتبايعان له الخيار ، فمن حقه أن يملك إمضاء البيع عليهما وفسخه. ومن حقه مافوض إليه من الولايات والمناصب ، كالقصاص والإمامة والخطابة وغيرها ، وكالأمانة والوكالة. فجميع هذه الحقوق لا ينتقل للوارث منها شيء ، وإن كانت ثابتة للمورث . بل الضابط لما ينتقل إليه ما كان متعلقا بالمال ، أو يدفع ضرراً عن الوارث فى عرضه بتخفيف ألمه . وما كان متعلقاً بنفس المورث وعقله وشهواته لاينتقل للوارث . والسر فى الفرق أن الورثة يرثون المال فيرثون مايتعلق به تبعا ، ولا يرثون عقله ولاشهوته ولا نفسه فلا يرثون مايتعلق بذلك ، ومالا يورث لايرثون مايتعلق به . فاللعان يرجع إلى أمر يعتقده لا يشاركه فيه غيره غالبا والاعتقادات ليست من باب المال، والفيئة شهوته ، والعود إرادته ، واختيار الأختين والنسوة أربه وميله ، وقضاؤه على المتبايعين عقله وفكرته ورأيه ، ومناصبه وولاياته واجتهاداته وأفعاله الدينية فهو دينه . ولا ينتقل شيء من ذلك للوارث ، لأنه لم يرث مستنده وأصله . وانتقل للوارث خيار الشرط فى البيعات ، وقاله الشافعى رحمه الله تعالى ، وقال أبو حنيفة وأحمد بن حنبل لا ينتقل إليه . وينتقل للوارث خيار الشفعة عندنا ، وخيار التعيين إذا اشترى موروثه عبداً من عبدين على أن يختار ، وخيار الوصية إذا مات الموصى له بعد موت الموصى ، وخيار الإقالة والقبول إذا أوجب البيع لزيد فلوارثه القبول والرد ، وقال ابن المواز إذا قال من جاءنى بعشرة فغلامى له فتى جاء أحد بذلك إلى شهرين لزمه ، وخيار الهبة وفيه خلاف . ومنع أبو حنيفة خيار الشفعة ، وسلم خيار الرد بالعيب وخيار تعدد الصفقة وحق القصاص وحق الرهن وحبس المبيع وخيار ما وجد من أموال المسلمين فى الغنيمة فمات ربه قبل أن يختار أخذه بعد القسمة . ووافقناه نحن على خيار الهبة فى الأب للابن

بالاعتصار وخيار العتق واللعان والكتابة والطلاق بأن يقول طلقت امرأتى متى شئت فيموت المقول له . وسلم الشافعى جميع ما سلمناه ، وسلم خيار الإقالة والقبول . ومدارك المسألة على أن الخيار عندنا صفة للعقد فينتقل مع العقد ، فإن آثار العقد انتقلت للوارث . وعند أبى حنيفة صفة للعاقد لأنها مشيئته واختياره ، فتبطل بموته كما تبطل سائر صفاته ، ولأن الأجل فى الثمن لا يورث فكذلك فى الخيار ، ولأن البائع رضى بخيار واحد وأنتم تثبتونه لجماعة لم يرض بهم وهم الورثة فوجب ألا يتعدى الخيار من اشترط له كما لا يتعدى الأجل من اشترط له . والجواب عن الأول أن اختياره صفته ، ولكن صفة متعلقة بالمال فينتقل ، كاختياره الأكل والشرب وأنواع الانتفاع فى المال فإن جميع ذلك ينتقل تبعاً للمال . وعن الثانى أن الأجل معناه تأخير المطالبة ، والوارث لا مطالبة عليه . . وعن الثالث أنه ينتقض بخيار التعيين وبشرط الخيار للأجنبي وقد أثبتوه للوارث ، وبما إذا جن فإنه ينتقل إلى الولى ما لم يرض به البائع . فهذا تلخيص مدرك الخلاف . ويعضدنا فى موطن الخلاف قوله تعالى ولكم نصف ما ترك أزواجكم ، وهو عام فى الحقوق فيتناول صورة النزاع ، ولم يخرج عن حقوق الأموال إلا صورتان فيما علمت : حد القذف ، وقصاص الأطراف والجرح والمنافع فى الأعضاء . فإن هاتين الصورتين تنتقلان للورثة وهما ليستا بمال ، لأجل شفاء غليل الوارث بما دخل على عرضه من قذف مورثه والجناية عليه . وأما قصاص النفس فإنه لا يورث ، فإنه لم يثبت للمجنى عليه قبل موته وإنما ثبت للوارث إبتداء ، لأن استحقاقه فرع زهوق النفس فلا يقع إلا للوارث بعد موت الموروث . . فهذا تلخيص هذا الفرق ، ببيان سره ومداركه والخلاف فيه » .

وجاء فى القواعد لابن رجب (ص ٣١٥ — ص ٣١٨) وهو من كتب الفقه الحنبلى : « فيما يقوم فيه الورثة مقام موروثهم من الحقوق ، وهى نوعان :

حق له وحق عليه . فأما النوع الأول، فما كان من حقوقه يجب بموته، كالدية والقصاص فى النفس ، فلا ريب فى أن لهم استبقاءه ، وسواء قلنا إنه ثابت لهم إبتداء أو منتقل لهم عن موروثهم ، ولا يؤثر مطالبة المقتول بذلك شيئاً على المعروف من المذهب . ومال الشيخ تقى الدين إلى أن مطالبته بالقصاص توجب تحتمه ، فلا يتمكنون بعدها من العفو ، وما كان واجباً له فى حياته إن كان قد طالب به أو هو فى يده ، ثبت لهم إرثه . فمنه الشفعة إذا طالب بها ، نص عليها أحمد فى أكثر الروايات ، وتوقف فى رواية ابن القاسم وقال هو موضع نظر . ومنه حد القذف ، ونص عليه أيضاً ، ويستوفيه الوارث لنفسه بحكم الإرث عند القاضى ، وقال ابن عقيل فيما قرأته بخطه إنما يستوفى للميت بمطالبته منه ولا ينتقل ، وكذا الشفعة فيه فإن ملك الوارث وإن كان طارئا على البيع إلا أنه مبنى على ملك مورثه . ومنه خيار الشرط ، ونص عليه أحمد أيضاً . . ومنه خيار الرجوع فى الهبة إذا طالب به، ذكره القاضى فى خلافه.. وأما إن لم يكن يطالب به فهو ضربان . (أحدهما) حقوق التملكات والحقوق التى ليست بمالية كالقصاص وحد القذف ، ففيه قولان فى المذهب أشهرهما أنه لا يورث . ويندرج فى ذلك صور . منها الشفعة فلا تورث مطالبته على المذهب ، وله مأخذان أشار إليهما أحمد . أحدهما أنه حق له فلا يثبت بدون مطالبته به . . والثانى أن حقه فيها سقط بتركه وإعراضه لا سيما على قولنا إنها على الفور. . ومنها حق الفسخ بخيار الشرط ، فلا يورث بغير مطالبة . . ومنها الفسخ الثابت بالرجوع فى الهبة ، فلا يثبت بدون المطالبة أيضاً .. وعن أحمد فى الهبة المخصص بها بعض الولد إذا مات الواهب قبل التعديل والرجوع هل للورثة الرجوع أم لا ؟ روايتان ،ومأخذهما أن رجوع الوالد فى هذه الهبة هل هو من باب الرجوع فى الهبة الثابتة للوالد دون غيره فلا يقوم غيره فيه مقامه ، أو هو ثابت لاستدراك الظلم والجور ، وعلى هذا هل هو مأمور به لحق نفسه حيث ظلم واعتدى فأمر بالتعديل فإذا لم يفعله سقط ، أو هو مأمور به لحق بقية الأولاد المظلومين فيثبت لهم الرد إذا

تعذر الرد من جهته ؟ ومنها حد القذف ، فلا يورث بدون المطالبة أيضاً . .
ومنها خيار قبول الوصية ، المنصوص عن أحمد أن الوصية تبطل بموت
الموصى له قبل وصولها إليه . . وقال الخرقى يثبت الخيار بين القبول والرد
لورثة الموصى له ، لأن الوصية لزمت بموت الموصى فهى كالمملوكة . . .
(الضرب الثانى) حقوق أملاك ثابتة متعلقة بالأملاك الموروثة ، فينتقل إلى
الورثة بانتقال الأموال المتعلقة بها بدون المطالبة ، بخلاف الضرب الأول
فإن الحقوق فيه من حقوق المالكين لا من حقوق الأملاك . . ومن صور
ذلك الرهن ، فإذا مات وله دين برهن انتقل برهنه إلى الورثة. ومنها الكفيل
وهو كالرهن . . ومنها الأجل ، فلا يحل الدين المؤجل إذا أوثقه الورثة برهن
أو كفيل فى أشهر الروايتين . ومنها الرد بالعيب، وقد تردد القاضى فى خلافه
هل هو ثابت للورثة ابتداء أو بطريق الإرث ، والمشهور أنه إرث لأن الرد إنما
يثبت لمن كان العقد له . والخيار الثابت لفوات الصفة المشروطة فى العقد مثله . .
وذكر القاضى فى كتاب التخريج أن من باع سلعة إلى أجل، ثم مات المشترى
فاشتراها البائع من مورثه بأقل من الثمن لم يجز ، لأن الوارث يملكها على
حكم ملك الميت ، بدليل أنه يرد على بائعها بالعيب ، فصار الشراء منه
كالشراء من المورث . وهذا غريب ،وهو يشبه الوجه الذى حكاه ابن عقيل
فى بناء الوارث على حول المورث فى الزكاة . النوع الثانى الحقوق التى
هى على الموروث . . . » .

انتقال الحق إلى الوارث وموقف الفقه الإسلامي من انتقال الحقوق والديون :

ويخلص مما تقدم أن الأصل فى الفقه الإسلامى أن الحق ينتقل إلى الوارث إلا إذا استعصت طبيعة الحق على هذا الانتقال ، وهذا هو أيضاً الفقه الغربى كما سبق القول .

وإذا كان الفقه الإسلامى سلم انتقال الحق إلى الوارث ، فذلك بفضل فكرة خلافة الوارث للمورث . فكرة الخلافة هذه تقضى بأن الوارث يقوم مقام الوارث ويخلفه ، فيجب إذن أن يخلفه جملة واحدة فى مجموع الحقوق لا فى حق معين بالذات ، فينتقل إلى الوارث هذا المجموع من الحقوق . بل لعل الأدق أن يقال إن الوارث هو الذى ينتقل ليحل محل مورثه فى مجموع حقوقه ، فيقوم مقامه فى هذه الحقوق ويخلفه عليها [١] . ومثل الوارث الموصى له بجزء من مجموع الحقوق ، فإن نظرية الخلافة تتسع له كما اتسعت للوارث ، إذا أن كليهما يخلف الميت فى مجموع الحقوق لا فى حق معين بالذات ، ولم يمد الفقه الإسلامى نظرية الخلافة هذه إلى مجموع الديون ، فلا يخلف الوارث المورث فى مجموع ديونه ، بل تبقى هذه الديون فى التركة كما سيأتى .

---

(١) ويقتضى ذلك أن يكون ملك الوارث هو نفس ملك المورث لم يتغير . ويؤيد هذا النظر مايرد فى بعض المواطن من أقوال الفقهاء ، ونعيد هنا ماسبق أن نقلناه عن القواعد لابن رجب « وذكر القاضى فى كتابه التخريج أن من باع سلعة الى أجل ، ثم مات المشترى فاشتراها البائع من مورثه بأقل من الثمن ، لم يجز ، لان الوارث يملكها على حكم ملك الميت ، بدليل انه يردها على بائعها بالعيب ، فصار الشراء منه كالشراء من المورث ، وهذا غريب ، وهو يشبه الوجه الذى حكاه ابن عقيل فى بناء الوارث على حول المورث فى الزكاة » . « القواعد لابن رجب ص ٢١٨ » . ويؤيد ذلك أيضا ماذهب اليه الحنفية من أن حق الستعلى مستقلا عن البناء المستعلى ينتقل بالميراث ولاينتقل بالبيع . وذلك أن انتقاله بالميراث لايكون باعتباره حقا معينا بالذات ، بل باعتباره عنصرا داخلا فى مجموع المال الذى خلف عليه الوارث المورث . أما انتقاله بالبيع فلا يجوز ، لان البيع لا ينقل الا حقا معينا بالذات ، ولايكون حق التعلى حقا معينا بالذات الا اذا كان تابعا للبناء المستعلى .

وهذا بخلاف إنتقال حق معين بالذات بعقد مثلا من الدائن إلى غيره ، أو انتقال دين معين بالذات من المدين إلى غيره ، فإن نظرية الخلافة لا تتسع لهاتين الصورتين إذ هى لا تقوم إلا فى مجموع من المال ، بل هى لا تقوم إلا فى مجموع من الحقوق لا فى مجموع من الديون كما قدمنا . فالجائز فى الفقه الإسلامى هو أن ينتقل الحق بطريق الميراث ، لأنه ينتقل ضمن عناصر مجموع الحقوق . وغير الجائز أن ينتقل حق معين بالذات ، بطريق العقد مثلا ، من الدائن الأصلى إلى دائن جديد . وكذلك لا يجوز أن ينتقل دين معين بالذات بطريق العقد من المدين الأصلى إلى مدين جديد ، بل لا يجوز أن ينتقل مجموع الديون بطريق الميراث إلى الوارث كما سبق القول .

إذا صح ذلك ، فكيف صحت حوالة الدين فى مذاهب الفقه الإسلامى المختلفة ، وصحت حوالة الحق فى مذهب مالك ؟

يفجأ الباحث حقاً ، إذا أخذ بظاهر العبارات أن يجد المذاهب الأخرى فى الفقه الإسلامى غير مذهب مالك لا تجيز حوالة الحق وتجيز حوالة الدين، مع أن حوالة الحق تسبق عادة فى تطور النظم القانونية حوالة المدين ، بل إن هناك قوانين كالقانون الفرنسى عرفت حوالة الحق ولا تعرف حتى اليوم حوالة الدين! ويفجأ الباحث أيضاً أن يرى الفقه الإسلامى يجيز حوالة الدين بالعقد ولا يجيز ها بالميراث ، مع أن انتقال الدين بالميراث يسبق عادة انتقاله بالعقد ، بل إن القانون الرومانى فى أعلى مراحل تقدمه لم يجز انتقال الدين بالعقد بالرغم من أنه أجاز انتقاله بالميراث !

على أن البحث الدقيق فى نصوص الفقه الإسلامى يزيل هذا العجب ، ويبعد عن الفقه الإسلامى شبهة هذا الشذوذ. فليس صحيحاً أن الفقه الإسلامى عرف حوالة الدين ولم يعرف حوالة الحق ، وإلا كان هذا بدعا فى تطور القانون . ومن غير الطبيعى أن يعرف نظام قانونى حوالة الدين قبل أن يعرف حوالة الحق ، كما أنه من غير الطبيعى أن يسلم نظام قانونى بانتقال

الدين بين الأحياء وهو لم يعترف بانتقاله بسبب الموت . لقد كان الفقه الإسلامى فى تطوره طبيعياً كسائر النظم القانونية : لم يعرف حوالة الدين ، لا بسبب الموت إذ الدين لا ينتقل الى الورثة بل يبقى فى التركة حتى تقوم بسداده كما سنرى ، ولا بين الأحياء الا فى صورة من صور الكفالة أو التجديد . وعرف حوالة الحق بسبب الموت إذ حقوق المورث تنتقل الى الوارث كما رأينا ، وبين الأحياء بقيود معينة وفى مذهب واحد هو المذهب المالكى .

أما مايسمى فى الفقه الإسلامى بحوالة الدين ، فهو فى الفقه الحنفى غيره فى فقه المذاهب الثلاثة الأخرى ، وهو فى المذاهب الأربعة جميعاً ليس « حوالة دين بالمعنى المفهوم فى الفقه الغربى [1] .

---

(١) ذلك أن حوالة الدين فى الفقه الحنفى ،عند زفر ، حيث لاينتقل الدين ولا المطالبة من ذمةالمدين الى ذمة المحال عليه ، بل تضم ذمةالمحال عليه الى ذمة المدين فى المطالبة ، لاتعدوان تكون كفالة محضة ، وعند أبى حنيفة وأبى يوسف ، حيث تنتقل المطالبة والدين من ذمةالمدين الى ذمة المحال عليه ، فان الدين الاصلى ينقضى، ومما يقطع فى انقضائه انقضاء التأمينات التى كانت تكفله ، ويحل محل الدين الاصلى دين جديد فى ذمة المحال عليه ، وتكون حوالة الدين اذن ليست الا تجديدا بتغيير المدين ، فاذا توى الدين عند المحال عليه فسخ التجديد وعاد الدين الى ذمة المدين الاصلى . وعند محمد ، حيث لاينتقل الدين الى ذمة المحال عليه وانما تنتقل المطالبة وحدها ، وحيث لاتنقضى التأمينات بل تبقى على حالها ، فان حوالة الدين أقرب الى أن تكون كفالة محورة ، ووجه التحوير فيها ان الدائن يرجع على الكفيل « المحال عليه » أولا ، فان توى الدين عند الكفيل رجع على المدين الاصلى ، أما فى الكفالة العادية فالدائن بالخيار ان شاء طالب المدين الاصلى أولا وان شاء طالب الكفيل لان المطالبة بقيت عند المدين وانما ضمت فيها الى ذمته ذمة الكفيل .

وحوالة الدين فى المذاهب الثلاثة الاخرى يستوقف النظر فيها انها لاتكون الا حيث يكون المدين دائنا فى الوقت ذاته للمحال عليه بجنس ماعليه وبمقداره . فهى اذن وفاء دين بحق عن طريق اسقاط كل من الدين والحق ، فتنتهى الى تجديد بتغيير الدائن بالنسبة الى استيفاء الحق ، والى تجديد بتغيير المدين بالنسبة الى الوفاء بالدين . أما الحوالة حيث لايكون للمدين دين فى ذمة المحال عليه ، فهذه ليست حوالة أصلا بل هى محض كفالة .

ويخلص من كل ذلك ان الفقه الاسلامى لم يقر حوالة الدين بالمعنى المفهوم فى الفقه العربى فى أى مذهب من مذاهبه . وقد اقر حوالة الحق بشروط معينة فى أحد مذاهبه ، وهو مذهب مالك ، دون المذاهب الاخرى . فسار الفقه الاسلامى بذلك على السنن المألوفة فى التطور ، اذ بدأ باقرار حوالة الحق بسبب الموت ، ثم باقرار هذه الحوالة بين الاحياء ولكن فى مذهب واحد من مذاهبه . ثم وقف تطوره عند ذلك ، فلم يقر حوالة الحق بين الاحياء فى المذاهب الاخرى ، ولم يقر حوالة الدين أصلا لا بسبب الموت ولا بين الاحياء . « أنظر الوسيط للمؤلف جزء ٣ ص ٢٤٠ — وانظر أيضا رسالة فى هذا الموضوع للاستاذ محمد الحسينى عبد الغفار » .

ب — ديون التركة

عدم انتقال الديون المترتبة على العقد من المورث الى الوارث :

أما إذا أبرم المورث عقداً رتب فى ذمته دينا ،ومات قبل الوفاء بالدين، فإن الدين لا ينتقل إلى ذمة وارثه بل يبقى فى التركة(١) ، وتصبح التركة هى المسئولة عنه إلى أن يسدد. ثم تسدد بعد ذلك وصايا المورث فى حدود ثلث التركة بعد وفاء الديون . وبعد سداد الديون والوصايا يكون الباقى من التركة نصيب الورثة ينتقل إليهم بالميراث ، ويوزع بينهم كل بقدر حصته (٢) .

فإذا اشترى المورث داراً وبقى ثمنها ديناً فى ذمته إلى أن مات ، فالثمن

---

(١) أما فى القانون الفرنسى ، فان الدين ينتقل الى ذمة الوارث ، ولدائنى التركة أن ينفذوا على أموال الوارث الشخصية ، الا اذا رفض الوارث الميراث أو قبله بشرط التجنيب .

(٢) والحقوق التى تترتب على التركة هى :« أولا » حق الميت فى تجهيزه وتكفينه ودفنه . « ثانيا » حق الدائنين ، « ثالثا » حق الموصى لهم ، « رابعا » حق الورثة ، وذلك على الترتيب المتقدم . جاء فى المبسوط « جزء ٢٩ ص ١٣٦ — ص ١٣٨ » : « اذا مات ابن ادم .. فاول مايبدأ به تجهيزه وتكفينه ودفنه بالمعروف ..ثم بعد الكفن يقدم الدين على الوصية والميراث ، لحديث على رضى الله عنه قال انكم تقراون الوصية قبل الدين ، وقد شهدت رسول الله صلى الله عليه وسلم بدأ بالدين قبل الوصية . وقيل لابن عباس رضى الله عنه انك تأمر بالعمرة قبل الحج وقد بدأ الله تعالى بالحج فقال وأتموا الحج والعمرة لله ، فقال كيف تقراون آية الدين ، فقالوا من بعد وصية يوصى بها أو دين ، فقال بماذا يبدأ ، فقالوا بالدين، قال هو ذلك . ولان قضاء الدين من أصول حوائجه فانه يفك به رهانه ، وتنفيذ الوصية ليس من أصول حوائجه . ثم قضاء الدين مستحق عليه ، والوصية لم تكن مستحقة عليه . وصاحب الدين ليس يتملك ما أخذ عليه ابتداء ولكنه فى الحكم يأخذ ما كان له ، ولهذا ينفرد به اذا ظفر بجنس حقه ، والموصى له يتملك ابتداء بطريق التبرع . وأيد هذا كله ماروى أن رجلا أعتق عبدا فى مرضه وعليه دين ، فاستسعاه رسول الله صلى الله عليه وسلم فى قيمته ، وانما فعل ذلك لانه قدم الدين على الوصية .. ثم بعد قضاء الدين تقدم الوصية فى محلها على الميراث ، ومحل الوصية الثلث » .

يبقى فى التركة ولا ينتقل إلى ذمة الورثة . وإذا كان مؤجلا ولم يكن قد حل أجله ، فإن موت المدين يسقط الأجل ويجعل الثمن واجب الدفع فى الحال كما سبق القول . وعلى التركة أن تسدد الثمن للبائع ،وللبائع أن يحبس المبيع إذا كان لم يسلمه حتى يقبض الثمن . فإذا ما قبض البائع الثمن من التركة ، واستوفيت سائر الديون والوصايا ، كان الباقى من التركة ملكا للورثة كما قدمنا .

ويلاحظ أن كل تصرف من المورث فى مرض الموت يفرض فيه أنه تصرف تبرعى إلى أن يقوم الدليل على العكس ، ويأخذ حكم الوصية ، فلا ينفذ من غير إجازة الورثة إلا فى حدود ثلث التركة . وهذا قيد على تصرفات المالك وهو فى مرض الموت سبقت الإشارة إليه .

ويبقى الآن أن نعرف — مادام الدين لا ينتقل إلى ذمة الورثة بعد موت الدين — فى ذمة من يكون الدين ؟ ذهب الحنفية والشافعية إلى أن الدين يبقى فى ذمة المدين حتى بعد موته ، فهم يفترضون بقاء الذمة بعد الموت بشرط أن تتقوى الذمة بتركة أو كفيل ، فإن لم يترك المدين تركة أو كفيلا بالدين خربت الذمة وسقط الدين . وذهب المالكية إلى أن الذمة لا تبقى بعد الموت لأنها صفة من صفات الحياة فتزول بزوالها، والدين يتعلق بالتركة لا بذمة الميت ، فإذا توفى المدين ولم يترك مالا سقط دينه لانعدام محله . أما الحنابلة ، فنهم من ذهب مذهب الحنفية والشافعية فقال إن محل الدين ذمة الميت بافتراض وجودها بعد موته ، ومنهم من ذهب مذهب المالكية فقال إن محل الدين هو تركة الميت ، ومنهم من ذهب إلى أن محل الدين هو ذمة الورثة ولكن فى حدود مايتركه الميت من أموال ، وهذا الرأى الأخير أقرب إلى المعمول به فى القوانين اللاتينية إذا قبل الوارث الميراث بشرط التجنيب .

وأيا كان اختلاف المذاهب فى هذه المسألة — وليس لهذا الاختلاف

آثار عملية — فقد اتفقت على أن الدين يتعلق بما يتركه المدين من أموال ، فتصبح تركة الميت هى المسئولة عن سداد ديونه . والدين يتعلق بمالية التركة لا بذوات أعيانها ، إذ حق الدائن هو أن يستوفى دينه من مالية التركة لا من عين بالذات[١] .

متى تنتقل ملكية أعيان التركة الى الورثة :

ليس الغرض من تحديد وقت انتقال ملكية أعيان التركة إلى الورثة القول بأنهم يستطيعون التصرف فى هذه الأعيان من هذا الوقت ، فإن ملكية الأعيان قد تنتقل إليهم والديون متعلقة بالتركة فلا يستطيعون التصرف فيها كما سنرى . ولكن هناك نتائج أخرى تتوقف على تحديد هذا الوقت ، وهل يكون وقت موت المورث أو تبقى التركة على ملك الميت حتى تسدد الديون ؟ ونذكر من هذه النتائج ما يأتى :

١ — نماء أعيان التركة بزيادتها زيادة متولدة متصلة أو منفصلة ، كالثمرة والسمن والولد والريع ، إذا قلنا ببقاء التركة على ملك الميت ، يكون ملكا للميت فتقضى من هذه الزيادة ديونه وتنفذ وصاياه . وإذا قلنا بأن الملكية تنتقل الى الورثة بمجرد موت المورث ، فإن هذه الزيادة تكون ملكا للورثة ، فلا تقضى منها ديون الميت ولا تنفذ منها وصاياه .

٢ — نفقات أعيان التركة ، كنفقة الحفظ والصيانة وكمصروفات الحمل والخزن وكطعام الحيوان ، تكون على التركة فيما إذا بقيت على ملك الميت . أما إذا انتقلت الى الورثة بمجرد موت المورث ، فإن هذه

---

(١) انظر مقالا للاستاذ على الخفيف فى مدى تعلق الحقوق بالتركة — مجلة القانون والاقتصاد السنة الثانية عشرة ص ١٥٣ — ص ١٥٦ .

(٢) انظر فى هذه النتائج مقال الاستاذ على الخفيف فى مدى تعلق الحقوق بالتركة « وهو المقال السابق الاشارة اليه » ص ١٧٤ — ص ١٧٧ .

النفقات تكون على الورثة ، حتى اذا بيعت أعيان التركة فى ديون الميت لم يكن للورثة الرجوع بما أنفقوا ، ويكون عليهم أن يتخلصوا من هذه النفقات بالمبادرة الى بيع الأعيان لسداد الديون . وكما أن لهم نماء الأعيان يكون عليهم نفقاتها ، والغرم بالغنم .

٣ ــ اذا كان فى أعيان التركة عقار يشفع به فى عقار آخر ، وبيع العقار الآخر بعد موت المورث ، فإن كان الورثة يمتلكون العقار المشفوع به من وقت موت المورث ثبت لهم حق الشفعة ابتداء لا عن طريق الوراثة ، والا لم يثبت أصلا عند من يقول بعدم انتقال حق الشفعة بالميراث ، ويثبت بطريق الميراث لا ابتداء عند من يقول بانتقال حق الشفعة بالميراث .

وقد اختلفت المذاهب فى تحديد وقت انتقال التركة الى ملك الورثة ، فمنها ما ذهب الى بقاء التركة على ملك الميت ، ومنها ما ذهب الى انتقالها فوراً الى ملك الورثة ، ومنها ماميز بين حالة وحالة .

فعند المالكية تبقى أموال التركة على ملك الميت بعد موته الى أن يسدد الدين ، سواء كان الدين مستغرقا للتركة أو لم يكن مستغرقا لها .

وعند الشافعية (فى المذهب الجديد) والحنابلة (فى أشهر الروايتين) تنتقل أموال التركة الى ملك الورثة فوراً بموت المورث ، مع تعلق الدين بها على النحو الذى قدمناه ، سواء كان الدين مستغرقا للتركه أو غير مستغرق لها .

وعند الحنفية يجب التمييز بين ما اذا كان الدين مستغرقا للتركة أو كان غير مستغرق لها . فإن كان الدين مستغرقا ، تبقى أموال التركة على ملك الميت ولا تنتقل الى ملك الورثة . وأما ان كان الدين غير مستغرق ، فالرأى الراجح أن أموال التركه تنتقل الى الورثة بمجرد موت المورث مع تعلق الدين بهذه الأموال . وهناك رأى ثان يذهب الى أن الأموال لا تنتقل فى هذه الحالة الى الورثة الا بعد سداد الدين ، وهذا الرأى يتفق مع مذهب المالكية .

وهناك رأى ثالث يذهب الى أنه يبقى على ملك الميت من الأعيان مايكفى لسداد الدين وتنتقل بقية الأموال الى الورثة(١) .

تصرف الورثة فى أعيان التركة قبل سداد الديون :

اختلفت المذاهب فى صحة هذا التصرف ، ولكن اختلافها هنا لايتفرع حتما على اختلافها فى الوقت الذى تنتقل فيه التركة إلى ملك الورثة ، وإلا لوجب أن يقول من يذهب إلى انتقالها إلى ملك الوارث بمجرد موت المورث بصحة تصرف الوارث قبل سداد الدين ، وأن يقول من يذهب إلى بقائها على ملك الميت بعدم صحة هذا التصرف ، وسنرى بعد عرض المذاهب فى هذه المسألة أن هذا ليس مضطردا .

المذهب المالكى

فعند المالكية ، وهم القائلون ببقاء أموال التركة على ملك الميت حتى يسدد الدين ، يقتضى منطق هذا القول أن يكون تصرف الوارث فى أعيان التركة قبل سداد الدين باطلا سواء كان الدين مستغرقا أو غير مستغرق . ولكن هذا هو أحد رأيين فى المذهب ، وليس مبنيا على انعدام ملك الورثة بل على حماية حق الدائن فهو مقدم على حق الورثة .

والرأى الآخر يذهب إلى أن تصرف الوارث فى التركة المدينة قبل أداء الدين صحيح إذا لم يمس حق الدائن ولم يتضرر هذا به ، كأن يأذن فيه قبل أن يباشره الوارث ، أو ينزل عن دينه ، أو يبقى من التركة بعد التصرف مايكفى لسداد الدين . لافرق فى ذلك كله بين أن يكون الدين مستغرقا للتركة أو غير

---

(١) أنظر عرضا مفصلا لهذه المذاهب وللادلة التى يحتج بها كل من الشافعية والمالكية فى مقال الاستاذ على الخفيف فى مدى تعلق الحقوق بالتركة مجلة القانون والاقتصاد السنة الثانية عشرة ص ١٥٨ — ص ١٧٤ .

مستغرق . وإذا لم يستطع الدائنون أخذ حقوقهم إلا من المبيع ، فلذلك حالتان : الأولى أن يكون الوارث عالماً بالدين وقت تصرفه أو أن يكون الميت مشهوراً بأنه مدين ، وعند ذلك يفسخ البيع إلا إذا دفع المشترى قيمة المبيع يوم قبضه ، فإذا دفعها لزم البيع ورجع المشترى على بائعه من الورثة بما غرم من قيمته . والحالة الثانية أن يكون الوارث غير عالم بالدين ولم يكن الميت مشهوراً بأنه مدين ، وعند ذلك يسلم المبيع لمشتريه ، ويرجع الدائنون على الوارث بقدر الثمن سواء كان فيه وفاء بالدين أولا ، ولا رجوع لهم على المشترى بشيء إلا إذا حاباه الوارث فى البيع فيرجع الدائنون بقدر المحاباة فقط .

ويتساوى الدائنون فى اقتضاء حقوقهم من التركة . فإن ظهر بعد ذلك دائن لم يقتض حقه ، رجع على الورثة بما فى أيديهم من أموال التركة . فإن لم تكف هذه الأموال لوفاء دينه ، رجع على الدائنين بما فاته من حصته .

جاء فى المدونة الكبرى (جزء ١٣ ص ٥٧ — ص ٥٩): «قلت أرأيت لو أن رجلا هلك وترك عليه ديونا ، فباع الورثة ماله وقضوا أهل دينه ، وفضلت فى يد الورثة فضلة من تركته فاقتسموها ، فقدم رجل فأقام البينة على الميت بدين له عليه . . . أيكون له أن يتبع الغرماء الذين أخذوا دينهم من الورثة فى قول مالك ؟ قال قال مالك ليس له أن يتبع الغرماء ولكن يتبع الورثة إذا كان الذى بقى من تركة الميت فى يد الورثة كفافا لدينه، وإن كان دينه أكثر مما بقى فى يدى الورثة رجع على الغرماء بما يصير له عندهم أن لو كان حاضراً لحاصهم . وتفسير ذلك أن يكون على الميت دين ثلثمائة دينار لثلاثة رجال ، وتركة الميت مائتان وخمسون ديناراً ، فقضى الورثة غريمين مائتين ولم يعلموا بالآخر ، وبقيت فى يد الورثة خمسون . فهو يحاص الغرماء بجميع دينه ، فيصير لكل واحد من الغرماء ثلاثة وثمانون وثلث. فالخمسون التى فى يد الورثة هى للغريم الذى أحيا دينه يتبع الورثة بها ، ويتبع اللذين اقتضيا مائة مائة يتبع كل واحد بسبعة عشر إلا ثلثا ،

فذلك ثلاث وثلاثون وثلث . فيصير له ثلاث وثمانون وثلث بالخمسين التى فى يد الورثة ، ويصير لكل واحد من الغرماء ثلاثة وثمانون وثلث لأنه رجع على كل واحد بسبعة عشر إلا ثلثا . قلت فإن لم يترك إلا مقدار الدين الذى أخذته الغرماء من تركة الميت الذى دفعه اليهم الورثة ، قال قال مالك يرجع الى الغرماء فيحاصهم بمقدار دينه . قلت ولا يرجع على الورثة بشيء من ذلك ان أصاب الغرماء عدما ، قال اذا قضت الورثة الغرماء دينهم وهم لايعلمون بدين هذا الرجل الذى طرأ عليهم ، فليس عليهم شيء . وان كانوا يعلمون بدينه ، فإذا أصاب الغرماء عدما لامال عندهم ، كان له ان يرجع على الورثة بحصته من الدين ويتبع الورثة الغرماء الأولين بمقدار ماغرموا لهذا الغريم الذى طرأ . قلت وهذا قول مالك ، قال هذا رأيي لأنهم أتلفوا حقه وهم يعلمون بذلك . قلت أرأيت ان باع الورثة تركة الميت فأكلوها واستهلكوها ، ثم قدم قوم فأقاموا البينة على دين لهم على الميت ؟ قال قال مالك ان كان الرجل الميت معروفاً بالدين ، فبادر الورثة الغرماء فأخذوا ماله فباعوه واقتسموه وأكلوه ، كان للغرماء ان يأخذوا مال الميت حيثما وجدوه ، ولايجوز بيع الورثة ، واتبع الذين اشتروا الورثة . وان كان الرجل الميت لايعرف بالدين ، فباعوا على مثل مايبيع الناس تركة ميتهم ، اتبع الغرماء الورثة ، ولم يكن لهم على من اشترى منهم سبيل ، ولا يأخذون من الذين اشتروا مافى أيديهم . قال ابن القاسم أخبرنى بهذا عن مالك غير واحد من أصحابنا ، وهو رأيي . سحنون عن ابن وهب قال مالك فى الرجل يهلك وهو مديان أو غير مديان معروف كلاهما على حاله، ثم يبيع الورثة أمواله فيقسمونها ، ثم يأتى دين على هذا الميت ، فيوجد المال بأيدى الناس الذين اشتروا . قال أما الذى يعرف بالدين ولا يجهل أمره ، فإن الغرماء يأخذون ماوجدوا بأيدى الناس الذين اشتروا ، ويتبع الذين اشتروا الورثة بأموالهم . وأما الذى لايعرف بالدين ولا يظن به الدين ، فإنما يتبع غرماؤه الورثة بثمن ماباعوا ، كان فيه وفاؤهم أو لم يكن » .

مذهب الشافعي :

وعند الشافعية ، وهم القائلون بانتقال أموال التركة إلى ملك الورثة فوراً بموت المورث ، لا يجوز مع ذلك للوارث أن يتصرف في أموال التركة المدينة ، ولو كان الدين غير مستغرق للتركة . ذلك أن التركة تنتقل إلى الوارث مثقلة بالدين ، فيتعلق الدين بها كما يتعلق الرهن ، والرهن عند الشافعية مانع من بيع العين المرهونة . وفي مذهب الشافعي رواية أخرى تقضي بأنه يصح تصرف الوارث في التركة المدينة ، لأن الدين حق تعلق بالمال من غير رضا المالك ، فلم يمنع التصرف كمال المريض ، فإن قضى الوارث الدين نفذ تصرفه وإن لم يقضه فسخ التصرف .

ويتساوى الدائنون في اقتضاء حقوقهم من التركة ، فإن ظهر دائن لم يكن معروفاً وقت أن اقتسم الدائنون التركة ، رجع عليهم وشاركهم فيما أخذوه على قدر دينه .

جاء في المهذب (جزء أول ص ٣٢٧) : « ومن مات وعليه ديون ، تعلقت الديون بماله كما تتعلق بالحجر في حياته . . فإن تصرف الوارث في التركة قبل مضى الدين ، ففيه وجهان : أحدهما لا يصح ، لأنه مال تعلق به دين ، فلا يصح التصرف من غير رضا من له الحق كالمرهون . والثاني يصح ، لأنه حق تعلق بالمال من غير رضا المالك ، فلم يمنع التصرف كمال المريض . وإن قلنا إنه يصح ، فإن قضى الوارث الدين نفذ تصرفه ، وإن لم يقض فسخنا . . وإذا قسم مال المفلس أو مال الميت بين الغرماء ، ثم ظهر غريم آخر ، رجع على الغرماء وشاركهم فيما أخذوه على قدر دينه ، لأنا إنما قسمنا بينهم بحكم الظاهر أنه لا غريم له غيرهم ، فإذا بان بخلاف ذلك وجب نقض القسمة ، كالحاكم إذا حكم بحكم ثم وجد النص بخلافه » .

المذهب الحنبلى :

وقد رأينا أن فى المذهب الحنبلى روايتين : أشهرهما أن أموال التركة تنتقل إلى ملك الورثة فوراً بموت المورث ، مع تعلق الدين بها ، فإن تصرف الورثة فى التركة قبل سداد الدين ، صح تصرفهم ، ولزمهم أداء الدين ، فإن أدوه نفذ التصرف ، وإن لم يؤدوه فسخ . والرواية الثانية تقضى بأن أموال التركة لاتنتقل إلى ملك الورثة إلا بعد سداد الدين . فإن تصرف الورثة فى مال للتركة قبل سداد الدين ، لم يصح التصرف ، لأنهم يكونون قد تصرفوا فى غير ملكهم .

جاء فى المغنى (جزء ٤ ص ٤٨٧) : « حكى بعض أصحابنا فيمن مات وعليه دين ، هل يمنع الدين نقل التركة إلى الورثة ؟ روايتين : إحداهما لايمنعه .. لأن تعلق الدين بالمال لايزيل الملك فى حق الجانى والراهن والمفلس ، فلم يمنع نقله . فإن تصرف الورثة فى التركة ببيع أو نحوه ، صح تصرفهم ولزمهم أداء الدين . فإن تعذر وفاؤه ، فسخ تصرفهم ، كما لو باع السيد عبده الجانى أو النصاب الذى وجبت فيه الزكاة . والرواية الثانية يمنع نقل التركة إليهم ، لقوله تعالى من بعد وصية يوصى بها أو دين ، فجعل التركة للوارث من بعد الدين والوصية ، فلا يثبت لهم الملك قبلهما . فعلى هذا لو تصرف الورثة ، لم يصح تصرفهم ، لأنهم تصرفوا فى غير ملكهم » .

المذهب الحنفى :

وقد رأينا أن الحنفية يميزون بين ما إذا كان الدين مستغرقاً للتركة أو كان غير مستغرق لها . فإن استغرق الدين أموال التركة ، تبقى هذه الأموال على ملك الميت ولاتنتقل إلى ملك الورثة . ويكون أى تصرف للوارث فى مال التركة باطلا فى هذه الحالة .

ولا يستطيع الورثة أن يستخلصوا أموال التركة إلا إذا دفعوا كل الديون ، ولا يكفى أن يدفعوا قيمة التركة ، وهذا على الرأى المشهور فى المذهب الحنفى . وفى قول آخر يكفى لاستخلاص أموال التركة أن يدفع الورثة للدائنين قيمة هذه الأموال لا جميع الديون . ويستثنى من أن أموال التركة لا تنتقل إلى الورثة إذا كانت التركة مستغرقة بالدين حالة ما إذا كان الدائن الوحيد للتركة هو الوارث لها ، فعند ذلك لا يوجد ما يمنع من أن ينزل الوارث عن دينه فتنتقل إليه أموال التركة خالصة من الدين .

وإن لم يستغرق الدين أموال التركة ، فبالرغم من أن هناك قولا بانتقال أموال التركة إلى ملك الورثة ، لا يجوز مع ذلك للوارث التصرف فى هذه الأموال ، فإن تصرف كان تصرفه باطلا . وهناك من فقهاء الحنفية من يذهب إلى أن تصرف الوارث فى هذه الحالة يكون صحيحاً نافذا ما بقى فى التركة ما يفى بسداد الدين أو أجاز الدائن التصرف .

جاء فى المبسوط (جزء ٢٩ ص ١٣٧ — ص ١٣٨) : « الدين إذا كان محيطا بالتركة ، يمنع ملك الوارث فى التركة . وإن لم يكن محيطا فكذلك فى قول أبى حنيفة رحمه الله الأول ، وفى قوله الآخر لا يمنع ملك الوارث بحال لأنه يخلف المورث فى المال ، والمال كان مملوكا للميت فى حال حياته مع اشتغاله بالدين كالمرهون ، فكذلك يكون ملكا للوارث . وحجتنا فى ذلك قوله تعالى من بعد وصية يوصى بها أو دين ؛ فقد جعل الله تعالى أوان الميراث ما بعد قضاء الدين ، والحكم لا يسبق أوانه . فيكون حال الدين كحال حياة المورث فى المعنى ، ثم الوارث يخلفه فيما يفضل من حاجته ، فأما المشغول بحاجته لا يخلفه وارثه فيه . وإذا كان الدين محيطاً بتركته فالمال مشغول بحاجته . وقيام الأصل يمنع ظهور حكم الخلف . ولا يقال يبقى مملوكا بغير مالك ، تبقى مالكية المديون فى ماله حكما لبقاء حاجته » .

وجاء فى الزيلعى (جزء ٥ ص ٢١٣ — ص ٢١٤) : « إن استغراق

التركة بالدين يمنع ملك الوارث فى التركة . وإن كان غير مستغرق ، فنى قول أبى حنيفة رحمه الله الأول كذلك ، وفى قوله الآخر يملك الوارث جميع التركة . . وبعد موت المريض الغرماء أحق بالمالية ، والورثة أحق بالعين حتى كان لهم أن يستخلصوها بالقيمة . وحق الغرماء فى الموضعين لم يتعلق إلا بالمالية ، حتى لا يكون لهم الاستخلاص بالقيمة أصلا » . وجاء فى مكان آخر (جزء ٦ ص ٢١٤) : « إن الدين يجب فى الذمة . . ولا ينتقل بالموت من الذمة إلى التركة . ألا ترى أن التركة لو هلكت لا يسقط الدين ، وأن للوارث أن يستخلص التركة بقضاء الدين من محل آخر . . بخلاف الوصية ، فإن حق الموصى له يتعلق بعين التركة حتى لا يبقى بعد هلاك التركة ، وليس للوارث أن يستخلص التركة ويعطيه من محل آخر . ولأبى يوسف رحمه الله أن الدين بالموت يتعلق بالتركة لخراب الذمة ، ولهذا لا يثبت الملك فيها للوارث ولا ينفذ تصرفه فيها إذا كانت مستغرقة بالدين » . وجاء فى حاشية الشلبى (جزء ٦ ص ٢١٤) تعقيباً على ما تقدم : « إذا كانت التركة مستغرقة بالدين ، فأراد الوارث استخلاص التركة ونقد المال ، يجبر رب الدين على القبول . لأن عند استغراق التركة بالدين ، وإن كان لا ملك لهم ، ولكن لهم حق استخلاص التركة . أما لو قالوا نحن نؤدى الدين ولم يكن المال نقداً ، كان للقاضى أن يبيع التركة ويقضى حق الغرماء . والأجنبى لو نقد الدين لا يجبر رب الدين على القبول ، لأنه ليس له ولاية استخلاص التركة بخلاف الورثة . والدين إذا كان زائداً على التركة ، فللورثة ولاية استخلاص التركة بأداء جميع الدين لا بقدر التركة ، كالعبد الجانى إذا فداه مولاه فداه بأرشه » .

ما يخلص من اختلاف الرأى فى هذه المسألة :

ويخلص مما قدمناه فى اختلاف المذاهب أن منع الورثة من التصرف فى أعيان التركة قبل سداد الدين لا يرجع إلى عدم انتقال الملكية إليهم قبل

هذا السداد ، بل يرجع إلى حماية الدائنين . وتختلف الأنظار فى الطريقة التى تتم بها هذه الحماية .

فهناك قول يذهب فى الحماية إلى مدى بعيد ، فيبطل تصرف الوارث فى أعيان التركة قبل سداد الدين ، سواء انتقلت ملكية هذه الأعيان إلى الوارث فوراً بموت المورث أو تراخت إلى وقت سداد الدين . وهذا القول نجده فى كل من المذاهب الأربعة .

وهناك قول آخر لا يمعن فى الحماية إلى هذا الحد ، بل يوفق بين حق الوارث وحق الدائن . فيبيح تصرف الوارث فى أعيان التركة قبل سداد الدين بشرط ألا يمس التصرف حق الدائن . فلا ينفذ تصرف الوارث إلا إذا أجاز الدائن هذا التصرف ، أو نزل عن دينه ، أو استوفى هذا الدين، أو بقى فى التركة مال يكفى للوفاء به . وهذا القول الآخر نجده أيضاً فى كل من المذاهب الأربعة .

انتقال التركة المدينة إلى الورثة فى التقنين المدنى المصرى :

وقد عنى التقنين المدنى المصرى الجديد بتنظيم القاعدة الفقهية التى تقضى بألا تركة إلا بعد سداد الديون ، فأورد نظاما مفصلا لتصفية التركات المدينة، بعد أن قرر إجمالا وجوب إتباع أحكام الفقه الإسلامى فى الميراث ، لا فى تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم فحسب ، بل أيضاً فى كيفية انتقال أموال التركة إلى الورثة . فنصت المادة ٨٧٥ مدنى على أن : « ١ — تعيين الورثة وتحديد أنصبائهم فى الإرث وانتقال أموال التركة إليهم تسرى فى شأنها أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة فى شأنها . ٢ — وتتبع فى تصفية التركة الأحكام الآتية » . وقد كانت هذه المسألة محل نقاش معروف فى عهد التقنين المدنى السابق إذ كان هناك خلاف هل تطبق أحكام الشريعة الإسلامية فى كيفية انتقال المال بالإرث أو لا تطبق ، فحسم التقنين الجديد هذا الخلاف ،

وصرح بوجوب تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية .

ونبين ما انطوت عليه نصوص التقنين المدنى الجديد من مبادىء رئيسية فى انتقال أموال التركة من المورث إلى الوارث ، وفى حق الورثة فى التصرف فى هذه الأموال، وفى حقوق الدائنين المتعلقة بالتركة وكيفية سداد الديون . وقد انطوى التقنين المدنى فى هذا الصدد على المبادىء الرئيسية الآتية ، وهى مستقاة من مبادىء الفقه الإسلامى فى مذاهبه المختلفة :

أولا — تنتقل أموال التركة إلى الورثة بمجرد موت المورث ، مع تعلق حقوق الدائنين بها . فتنتقل هذه الأموال مثقلة بحق عينى هو أقرب إلى أن يكون حق رهن ، ولكنه رهن مصدره القانون . ولا بد من شهر هذا الحق ليكون نافذا فى حق الغير ممن عسى أن يتصرف له الوارث . ويكون الشهر بأحد طريقين : (ا) إما بتأشير الدائن بدينه فى خلال سنة من وقت تسجيل المورث شهادة الإرث ، ويكون التأشير أمام اسم المورث فى سجل عام تدون فيه أسماء المورثين بحسب الأوضاع المقررة للفهارس الأبجدية. فإذا تم التأشير على هذا النحو ، أو تم بعد سنة ولكن قبل تسجيل تصرف الوارث ، استطاع الدائن أن ينفذ بحقه على عقارات التركة ولو كان الورثة قد تصرفوا فيها ، فيتتبعها فى يد الغير . وهذا الطريق يتبع إذا لم تخضع التركة لنظام التصفية الذى نص عليه القانون . وقد ورد هذا الحكم فى المادة ٩١٤ مدنى إذ تنص على ما يأتى : « إذا لم تكن التركة قد صفيت وفقاً لأحكام النصوص السابقة ، جاز لدائنى التركة العاديين أن ينفذوا بحقوقهم أو بما أوصى به لهم على عقارات التركة التى حصل التصرف فيها أو التى رتبت عليها حقوق عينية لصالح الغير إذا أشروا بديونهم وفقاً لأحكام القانون (ب) . وإما أن تخضع التركة لنظام التصفية المنصوص عليه فى القانون ، ففى هذه الحالة يقوم مقام التأشير بالدين المشار إليه سابقاً ، ويكون له نفس الأثر ، قيد الأمر الصادر بتعيين المصفى . وقد

نصت المادة ٨٧٩ مدنى فى هـذا الصدد على ما يأتى : « على كاتب المحكمة أن يقيد يوما فيوما الأوامر الصادرة بتعين المصفين وبتثبيت أوصياء التركة فى سجل عام تدون فيه أسماء المورثين بحسب الأوضاع المقررة للفهارس الأبجدية . ويجب أن يؤشر فى هامش السجل بكل أمر يصدر بالعزل وبكل ما يقع من تنازل ، ٢ – ويكون لقيـد الأمر الصادر بتعيين المصفى من الاثر فى حق الغير الذى يتعامل مع الورثة فى شأن عقارات التركة ماللتأشير المنصوص عليه فى المادة ٩١٤ . »

ويخلص من ذلك أنه يترتب على شهر حقوق الدائنين على النحو الذى بيناه سالفاً أن يكون لهؤلاء الدائنين حق تتبع أعيان التركة فى يد الغير ، حتى تسدد لهم ديونهم . ويجوز أن تسدد ديونهم عن طريق التنفيـذ الجبرى ، او عن طريق المصفى ، أو من الورثة أنفسهم ، أو من الغير .

ثانيا – ولما كانت أموال التركة تنتقل إلى الورثة بمجرد موت المورث ، فإنه يجوز للورثة منذ هذا الوقت أن يتصرفوا فيها ، ولكن تصرفهم يكون خاضعاً لحقوق الدائنين على النحو الذى بيناه . على أنه إذا خضعت التركة لنظام التصفية ، لم يجز للورثة التصرف فيها ولا تقاضى الديون التى لهـا من مدينها إلا بعد أن تسلم اليهم شهادات التوريث على الوجه المبين فى القانون . وفى هذا الصدد تنص المادة ٨٨٤ مدنى على أنه « لا يجوز للوارث ، قبل أن تسلم اليه شهادة التوريث المنصوص عليها فى المادة ٩٠١ ، أن يتصرف فى مال التركة ، كما لا يجوز له أن يستوفى ما للتركة من ديون أو أن يجعل ديناً عليه قصاصاً بدين التركة . » ومع ذلك فقد نصت الفقرة الثانيـة من المادة ٩٠٠ مدنى على ما يأتى : « ويجوز للورثة ، بمجرد انقضاء الميعاد المقرر للمنازعات المتعلقة بالجرد ، المطالبة بأن يتسلموا بعضاً منها ، وذلك مقابل تقديم كفالة أو بدون تقديمها » . وغنى عن البيـان أن الوارث الذى يتسلم شيئا من ذلك يكون له حق التصرف فيه ، ولو قبل أن يتسلم شهادة التوريث .

الارقام من ٩٧ ـ ١١٢ سقطت سهوا فى تسلسل ارقام الصفحات . فتقرأ الصفحة رقم ١١٣ عقب الصفحة رقم ٩٦ مباشرة .



ثالثاً — ويكون سداد الديون، إذا لم تخضع التركة لنظام التصفية ، بإجراءات فردية يتولاها كل دائن لنفسه ، فيتخذ من الإجراءات التنفيذية والإجراءات التحفظية لاستيفاء حقه من أموال التركة ما يقرره القانون لكل دائن ، وذلك إما عن طريق الحجز على هذه الأموال وهى فى يد الورثة ، وإما عن طريق تتبعها والحجز فى يد الغير إذا تم الشهر على النحو المبين سالفاً . ويترتب على ذلك أن حالة الدائنين بعد موت المورث ، من حيث الالتجاء إلى الإجراءات الفردية ، تماثل حالتهم قبل موته ، فمن سبق منهم غيره إلى التنفيذ ظفر بحقه، ومن تأخر فقد يضيع عليه حقه كله أو بعضه. على أنه لا يجوز لأى دائن بعد موت المدين أخذ اختصاص على عقار فى التركة (م١٠٨٥/٢مدنى) . أما إذا خضعت التركة لنظام التصفية، فلا يكون سداد الديون إلا بإجراءات جماعية يتولاها المصفى نيابة عن التركة . ومن ثم لا يجوز لأى دائن أن يتخذ إجراءات فردية لاستيفاء حقه ، بل يقوم المصفى فى التركة، كما يقوم السنديك فى التفليسة — بجرد أموال التركة وحصر الديون التى عليها وسدادها وتوزيع ما بقى بعد السداد على الموصى لهم والورثة . وإن ضاقت التركة بوفاء الديون ، تحاص الدائنون أموال التركة ، وأخذ كل منهم حصة بنسبة دينه ، ولم يأخذ الموصى لهم والورثة شيئا .

نظام تصفية التركة فى التقنين المدنى المصرى الجديد :

بقى أن نعرف الخطوط الرئيسية فى نظام تصفية التركة عندما تخضع للتصفية . ونبادر إلى القول أن كل تركة لا تخضع حتما للتصفية ، بل إن أكثر التركات لا تخضع لهذا النظام ، لما فيه من إجراءات معقدة ومصروفات كثيرة مما يجعل النظام غير صالح إلا للتركات الكبيرة الكثيرة الديون . ومن ثم جعل طلب إخضاع التركة لنظام التصفية رخصة لأى من ذوى الشأن — الدائن أو الموصى له أو الوارث — على أن يخضع هذا الطلب لتقدير القاضى،

فإن لم ير موجباً لذلك رفض إخضاع التركة لهذا النظام(١) . وهذا كله إذا لم يعين المورث نفسه وصيا لتركته ، فإن عين وصيا للتركة ، وأقر القاضى هذا التعيين ، فإنه يسوى على وصى التركة مايسرى على المصفى من أحكام(م٨٧٨ مدنى) . وهذا ماتنص عليه المادة ٨٧٦ مدنى فى خصوص جواز إخضاع التركة لنظام التصفية : « إذا لم يعين المورث وصيا لتركته ، وطلب أحد ذوى الشأن تعيين مصف لها ، عينت المحكمة ، إذا رأت موجباً لذلك ، من تجمع الورثة على اختياره . فإن لم تجمع الورثة على أحد ، تولى القاضى اختيار المصفى ، على أن يكون بقدر المستطاع من بين الورثة ، وذلك بعد سماع أقوال هؤلاء » . وتنص المادة ٨٧٧ مدنى على أنه « ١ — لمن عين مصفيا أن يرفض تولى هذه المهمة أو أن يتنحى عنها بعد توليها ، وذلك طبقا لأحكام الوكالة . ٢ — وللقاضى أيضاً ، إذا طلب إليه أحد ذوى الشأن أو النيابة العامة أو دون طلب ، عزل المصفى واستبدال غيره به ، متى وجدت أسباب تبرر ذلك » .

ومتى وجد مصفى التركة وجب عليه : (١) تسلم أموال التركة . (٢) جرد ما للتركة من حقوق وما عليها من ديون . (٣) تسوية ديون التركة . (٤) تسليم أموال التركة لأصحابها ، وعند الاقتضاء قسمتها بينهم . فنتابع هذه الخطوات .

---

(١) ونرى من ذلك أن مايوجهه الاستاذ محمد أبو زهرة ، فى كتابه « أحكام الشركات والمواريث » ص ٦٤ — ص ٧٤ ، من الانتقاد لنظام التصفية ، لما يتضمنه من مصروفات واجراءات معقدة ، غير وارد . فهو ليس بنظام اجبارى ، بل هو ليس بنظام اختيارى يجوز لذوى الشأن أن يطبقوه متى شاءوا . وانما هو نظام وضع لتصفية التركات الكبيرة اذا أثقلتها الديون الكثيرون وتعقدت علاقاتها ، فالنظام ملائم كل الملاءمة لمثل هذه التركات . والقاضى وحده هو الذى يقدر ما اذا كان يستجيب لطلب اخضاع التركة لنظام التصفية ، وهو لا يستجيب لهذا الطلب الا اذا وجد من ظروف التركة ما يبرر ذلك .

١ — تسليم أموال التركة :

يتسلم المصفى أموال التركة بمجرد تعيينه ، ويتولى تصفيتها برقابة المحكمة ، وتتحمل التركة نفقات التصفية (م ٨٨٠ مدنى) . وعلى المصفى أن يقوم فى الحال بالصرف من مال التركة لتسديد نفقات تجهيز الميت ونفقات مأتمه بما يناسب حالته . وعليه أيضاً أن يستصدر أمراً من قاضى الأمور الوقتية بصرف نفقة كافية بالقدر المقبول من هذا المال إلى من كان المورث يعولهم من ورثته حتى تنتهى التصفية ، على أن تخصم النفقة التى يستولى عليها كل وارث من نصيبه فى الإرث (م ١/٨٨٢ مدنى) . وغنى عن البيان أن هذا معناه ألا تكون التركة مستغرقة بالديون ، وإلا لما وجدت أنصبة فى الإرث للورثة تخصم منها النفقة .

٢ — جرد التركة :

لايجوز من وقت قيد الأمر الصادر بتعيين المصفى أن يتخذ الدائنون أى إجراء ، كما لايجوز لهم أن يستمروا فى أى إجراء اتخذوه ، إلا فى مواجهة المصفى (م ١/٨٨٣ مدنى) . ولا يجوز للوارث ، قبل أن تسلم إليه شهادة التوريث ، أن يتصرف فى مال التركة ، كما لايجوز له أن يستوفى ما للتركة من ديون أو أن يجعل ديناً عليه قصاصاً بدين التركة (م ٨٨٤ مدنى) ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك . وعلى المصفى أن يتخذ ماتتطلبه أموال التركة من الوسائل التحفظية ، وأن يقوم بما يلزم من أعمال الإدارة ، وعليه أيضاً أن ينوب عن التركة فى الدعاوى وأن يستوفى مالها من ديون قد حلت (م ١/٨٨٥ مدنى) . وعليه أن يكلف دائنى التركة ومدينيها أن يقدموا بيانا بمالهم من حقوق وما عليهم من ديون ، وأن يودع قلم كتاب المحكمة خلال أربعة أشهر من يوم تعيينه قائمة تبين ما للتركة وما عليها وتشتمل على تقدير

لقيمة هذه الأموال (م ٨٨٦ — ٨٨٧ مدنى) . ويعاقب بعقوبة التبديد كل من استولى غشا على شىء من مال التركة ولو كان وارثا (م ٨٨٩ مدنى) . وكل منازعة فى صحة الجرد ، وبخاصة ما كان متعلقاً بإغفال أعيان أو حقوق للتركة أو عليها أو بإثباتها ، ترفع بعريضة للمحكمة بناء على طلب كل ذى شأن. وتجرى المحكمة تحقيقاً ، فإذا رأت أن الشكوى جدية أصدرت أمراً بقبولها، وإن لم يكن النزاع قد سبق رفعه إلى القضاء عينت المحكمة أجلا يرفع فيه ذو الشأن دعواه أمام المحكمة المختصة ، وتقضى فيها هذه المحكمة على وجه الاستعجال (م ٨٩٠ مدنى) .

٣ — تسوية ديون التركة :

وبعد إنقضاء الميعاد المعين لرفع المنازعات المتعلقة بالجرد ، يقوم المصفى بعد استئذان المحكمة بوفاء ديون التركة التى لم يقم فى شأنها نزاع . أما الديون التى نوزع فيها فتسوى بعد الفصل فى النزاع نهائياً (م ٨٩١ مدنى) . ولكن على المصفى ، فى حالة إعسار التركة أو فى حالة احتمال إعسارها ، أن يقف تسوية أى دين ، ولو لم يقم فيه نزاع ، حتى يفصل نهائياً فى جميع المنازعات المتعلقة بديون التركة (م ٨٩٢ مدنى) . ويقوم المصفى بوفاء ديون التركة مما يحصله من حقوقها ومما تشتمل عليه من نقود ومن ثمن ما يكون قد باعه بسعر السوق من أوراق مالية ومن ثمن ما فى التركة من منقول ، ويدخل فى ذلك أيضاً ريع أموال التركة ونماؤها[١] . فإن لم يكن كل ذلك كافيا ، فمن ثمن ما فى التركة من عقار[٢] . وتباع منقولات التركة وعقاراتها بالمزاد

---

(١) وهذا يتفق مع رأى الكثيرين من الحنابلة ، فهم يجعلون التركة ملكا للورثة بمجرد موت المورث ويجعلون الديون مع ذلك متعلقة بنمائها لتعلقها بأصل النماء « انظر مقال الاستاذ على الخفيف المشار اليه ص ٢٢٠ . والاستاذ محمد ابو زهرة فى أحكام التركات والمواريث ص ٢٧ » .

(٢) ولاتبعد أحكام الفقه الاسلامى فى بيع أموال التركة لسداد الديون كثيرا عن هذه الاحكام « الاستاذ محمد أبو زهرة فى أحكام التركات والمواريث ص ٥٨ — ص ٦٠ » .

العلنى وفقاً للأوضاع وفى المواعيد المنصوص عليها فى البيوع الجبرية ، إلا إذا اتفق جميع الورثة على أن يتم البيع بطريقة أخرى أو على أن يتم ممارسة ، فإذا كانت التركة معسرة وجب أيضا رضاء جميع الدائنين . وللورثة فى جميع الأحوال أن يدخلوا فى المزاد (م ٨٩٣ مدنى) . ويجوز للمحكمة ، بناء على طلب جميع الورثة ، أن تحكم بحلول الدين المؤجل الذى على التركة وبتعيين المبلغ الذى يستحقه الدائن ، ويكون ذلك باستنزال الفائدة بسعرها القانونى أو الاتفاق عن المدة الباقية لحلول الأجل ، بشرط أن يكون قد انقضى على الدين ستة أشهر على الأقل ، وأن يتم الإعلان عن الرغبة فى الرد ، وأن يتم الرد فعلا فى أجل لا يجاوز ستة أشهر من تاريخ هذا الإعلان مع أداء الفوائد المستحقة عن ستة الأشهر التالية للإعلان (م ٨٩٤ و ١٨٣/٢ و ٥٤٤ مدنى) . فإذا لم يجمع الورثة على طلب حلول الدين المؤجل ، لم يسقط الأجل ، وكذلك لا يسقط الأجل بالموت فى التركات التى لم تخضع لنظام التصفية . وتتولى المحكمة توزيع الديون المؤجلة وتوزيع أموال التركة ، بحيث يختص كل وارث من جملة ديون التركة ومن جملة أموالها بما يكون فى نتيجته معادلا لصافى حصته فى الإرث . وترتب المحكمة لكل دائن من دائنى التركة تأميناً كافياً على عقار أو منقول ، على أن تحتفظ لمن كان له تأمين خاص بنفس هذا التأمين . فإن استحال تحقيق ذلك ، ولو بإضافة ضمان تكميلى يقدمه الورثة من مالهم الخاص أو بالإتفاق على أية تسوية أخرى ، رتبت المحكمة التأمين على أموال التركة جميعها (م ٨٩٥ / ١ و ٢ مدنى) . ويجوز لكل وارث ، بعد توزيع الديون المؤجلة ، أن يدفع القدر الذى اختص به قبل أن يحل الأجل ، وفقاً لأحكام حلول الأجل التى سبق بيانها . وبعد تسوية الديون على هذا النحو ، إذا ظهر دائن للتركة لم يستوف حقه لعدم ذكره فى قائمة الجرد ولم تكن له تأمينات على أموال التركة ، لم يجز لهذا الدائن أن يرجع على من كسب بحسن نية حقا عينياً على أموال التركة ، وإنما له الرجوع على الورثة بسبب إثرائهم

فإذا ما سويت الديون ، تولى المصفى بعد ذلك تنفيذ الوصايا وغيرها من التكاليف .

٤ — تسليم أموال التركة إلى الورثة وقسمة هذه الأموال :

بعد أن يقوم المصفى بتنفيذ التزامات التركة من تجهيز الميت وسداد الديون والتكاليف والوصايا وغير ذلك ، يخلص ما بقى من المال للورثة كل بحسب نصيبه الشرعى ، ويسلم المصفى لهم ما آل إليهم من هذه الأموال (م ٨٩٩ — ٩٠٠ مدنى) . وتسلم المحكمة إلى كل وارث يقدم إعلاما شرعيا ، أو ما يقوم مقام هذا الإعلام ، شهادة تقرر حقه فى الإرث وتبين مقدار نصيبه منه وتعين ما آل إليه من أموال التركة (م ٩٠١ مدنى) . وهذه الشهادة هى التى يسجلها ، فيشهر بذلك انتقال المال الموروث إليه ، وهى التى تبيح له من وقت تسلمها التصرف فى هذه الأموال كما سبق القول . ولكل وارث أن يطلب من المصفى أن يسلمه نصيبه فى الإرث مفرزا ، فيتولى المصفى إجراء القسمة بطريقة ودية على ألا تصبح هذه القسمة نهائية إلا بعد أن يقرها الورثة بالإجماع ، فإذا لم ينعقد إجماعهم ، أو كان فيهم قاصر ، فعلى المصفى أن يرفع على نفقة التركة دعوى بالقسمة وتستنزل المصروفات من أنصباء المتقاسمين (م ٩٠٢ — ٩٠٣ مدنى) .[١]

(حـ) الموصى له بجزء من مجموع التركة

حكم الموصى له بجزء من مجموع التركة هو حكم الوارث :

ويعتبر خلفا عاما كالوارث الموصى له بجزء من مجموع التركة ، كما سبق القول . أما إذا كان موصى له بعين معينة بالذات ، اعتبر خلفا خاصاً . والموصى له

---

(١) انظر فى أحكام هذه القسمة المواد ٩٠٤ — ٩٠٧ مدنى . وانظر فى قسمة المورث المواد ٩٠٨ — ٩١٣ مدنى .

عندما يكون خلفا عاماً حكمه حكم الوارث من ناحية انصراف أثر العقد الذى أبرمه الموصى . فينصرف إليه أثر العقد فيما يتعلق بالحقوق التى تنشأ منه ، وتبقى الديون التى ترتبت على العقد فى التركة مع جميع الديون الأخرى ، وهى مقدمة على الوصية . فلا يأخذ الموصى له الجزء الموصى به من التركة إلا بعد سداد هذه الديون ، شأنه فى ذلك شأن الوارث لا يأخذ نصيبه فى الإرث إلا بعد سداد ديون التركة .

تطبيق عملى :

ونورد تطبيقاً عملياً لما تقدم : امرأة أوصت لابن بنتها بثلث تركتها وتركت ورثة لها زوجاً وأخاً . فابن البنت الموصى له يأخذ ثلث التركة بالوصية ، والثلثان الباقيان يأخذ الزوج منهما النصف أى ثلث التركة بالميراث ، والثلث الباقى يأخذه الأخ بالميراث أيضاً . وينتج من ذلك أن كلا من الوارثين والموصى له يأخذ ثلث التركة ، ويتساوى الجميع ، لا فى الأنصبة فحسب ، بل أيضا فى تحمل الحقوق والديون المترتبة على عقد أبرمته المورثة فى حياتها. فلو فرضنا أن المورثة كانت قد باعت داراً وبقى ثمنها دينا على المشترى ، انتقل هذا الحق الذى للتركة إلى الموصى له والوارثين كل بقدر الثلث ، فيكون للموصى له الثلث من ثمن الدار الثابت فى ذمة المشترى . وبذلك ينصرف إليه أثر العقد الذى أبرمته الموصية حال حياتها مع المشترى . ولو فرضنا أن الموصية قد اشترت داراً حال حياتها وبقى الثمن ديناً فى ذمتها ، فإن هذا الدين يبقى فى التركة ولا ينتقل إلى ذمة الموصى له والوارثين . ويسدد الدين أولا من أموال التركة ، على النحو الذى بيناه فيما تقدم . ومتى سدد الدين أصبحت الدار ملكا خالصاً للموصى له والوارثين ، يتقاسمونها كل بقدر الثلث . ومن ثم لا ينصرف أثر العقد الذى أبرمته الموصية ، من حيث الديون المترتبة على هذا العقد ، فى حق الموصى له .

ونرى من ذلك أن جميع ما قررناه فى شأن الوارث ، فى صدد انصراف

أثر العقد إليه من حيث الحقوق وعدم انصراف أثر العقد إليه من حيث الديون ، صحيح أيضاً فى شأن الموصى له بجزء من مجموع التركة . فيرجع فى ذلك إلى ماقدمناه .

٢§ — الخلف الخاص

الموصى له بعين معينة :

قدمنا أن الموصى له بعين معينة يعتبر خلفا خاصاً للموصى فى هذه العين . فهل يتحمل ، كما هو الأمر فى الفقه الغربى ، أثر العقد الذى أبرمه الموصى فى شأن هذه العين من حقوق تعتبر مكملة للعين والتزامات تعتبر محددة لها ؟ حتى نجيب على هذا السؤال نفرض الفروض المختلفة الآتية :

١ — اشترى شخص داراً ثم أوصى بها — فى حدود ثلث التركة — إلى شخص آخر . فإذا انتقلت الدار إلى الموصى له بعد موت الموصى ، هل يرجع الموصى له على البائع بضمان العيب وبضمان الاستحقاق وبضمان الهلاك إذا كانت العين لاتزال فى يد البائع ، كما كان يرجع الموصى لو كان حياً ؟ الظاهر أنه يرجع ، فيكون الخلف الخاص قد انصرف إليه أثر عقد البيع الذى أبرمه السلف فى شأن العين التى انتقلت إلى الخلف من حيث الحقوق التى تعتبر مكملة للعين ، كما هو الحكم فى الفقه الغربى .

٢ — اشترى شخص داراً ولم يقبضها ولم يدفع ثمنها ، فبقى الثمن دينا فى ذمته ، ثم أوصى بها إلى شخص آخر . لاشك فى أنه عند موت الموصى يبقى الثمن دينا فى التركة ولا ينتقل إلى ذمة أحد من الورثة ولا إلى ذمة الموصى له من باب أولى . وهذا لأن الديون لا تنتقل فى الفقه الإسلامى من ذمة المدين الأصلى ولو بسبب الموت ، بل تبقى فى التركة . ولا شك أيضاً فى أن الدار لاتخلص للموصى له إلا إذا كانت لاتزيد على ثلث التركة بعد استنزال ثمن الدار

كسائر الديون ، إذ أن التركة تصبح مدينة بالثمن كما قدمنا ، وسداد الديون مقدم على تنفيذ الوصية . فإذا سددت جميع ديون التركة ومنها ثمن الدار ، وكان مابقى من أموال وفيها الدار الموصى بها بعد سداد الديون لايقل ثلثه عن قيمة هذه الدار ، خلصت الدار للموصى له ، دون أن ينصرف إليه أثر العقد من حيث ترتيب الثمن فى ذمة المدين . ولكن يبقى بعد ذلك أن نتساءل هل يتحمل الموصى له حبس البائع للدار حتى يستوفى الثمن ، كما كان الموصى يتحمل ذلك حال حياته ؟ وهل لو كان للبائع خيار النقد ولم يقبض الثمن فى الأيام الثلاثة المشترطة ، هل يتحمل الموصى له فسخ العقد ، كما كان الموصى يتحمل ذلك حال حياته ؟ لا شك فى أن الموصى له يقوم مقام الموصى فى كل ذلك ، فيتحمل حبس الدار كما يتحمل فسخ البيع . ومن ثم ينصرف هنا إلى الخلف الخاص أثر العقد من حيث الالتزامات التى تعتبر محددة للعين ، كما هو الحكم فى الفقه الغربى .

٣ — باع شخص داراً ولم يقبض ثمنها فبقى الثمن ديناً له فى ذمة المشترى ، وأوصى بهذا الدين إلى آخر فى حدود ثلث التركة . فبعد موته ينتقل هذا الحق إلى الموصى له ، ويصبح هو الدائن بالثمن للمشترى . فهل يملك حبس المبيع إذا كان لا يزال فى التركة حتى يستوفى الثمن ؟ وهل لو كان للموصى خيار النقد يملك الموصى له أن يفسخ العقد وفقاً لأحكام هذا الخيار ؟ لاشك فى أن للموصى له حبس المبيع وله فسخ العقد بخيار النقد ، كما كان الموصى يفعل لو بقى حياً ، إذ الموصى له قد قام مقام الموصى فى كل ذلك . ومن ثم ينصرف أثر العقد ، من حيث الحقوق المكملة للشىء ، إلى الخلف الخاص الذى انتقلت إليه هذه العين ، كما هو الحكم فى الفقه الغربى .

٤ — أوصى شخص لآخر بدار مرهونة أو مستأجرة فى حدود ثلث التركة ، وعند موته انتقلت العين إلى الموصى له . فلا شك فى أنها تنتقل إليه مثقلة بحق المرتهن أو بحق المستأجر كما كانت فى حياة الموصى . وهذا دليل

على أن أثر عقد الرهن أو عقد الإيجار ينصرف ، من حيث ترتيبه لالتزامات تعتبر محددة للعين ، إلى الخلف الخاص الذى انتقلت إليه هذه العين ، كما هو الحكم فى الفقه الغربى .

ونرى من ذلك أن حكم الموصى له كخلف خاص للموصى ، من حيث انصراف أثر العقد إليه ، حقاً مكملا أو التزاماً محدداً ، يماثل حكم الخلف الخاص فى الفقه الغربى .

المشترى لعين معينة :

وننتقل الآن إلى مثل آخر للخلف الخاص ، المشترى لعين معينة ، وهو خلف لا بسبب الموت كما فى الموصى له ، بل هو خلف بعقد فيما بين الأحياء . فنفرض فى شأنه الفروض الآتية :

١ — باع شخص داراً ، وكان قد اشتراها من آخر ، فأصبح المشترى من البائع الثانى خلفا خاصا له على هذه العين . فإذا فرض أن بها عيباً يرجع به البائع الثانى على البائع الأول ، أو كان للبائع الثانى خيار التعيين أو خيار فوات الوصف المرغوب فيه ، فهل يستطيع المشترى باعتباره خلفاً خاصاً للبائع الثانى أن يرجع بضمان العيب على البائع الأول؟ وهل ينتقل إلى الخلف الخاص خيار التعيين أو خيار الوصف ؟ ولو استحقت العين وكان للبائع الثانى أن يرجع بضمان الاستحقاق على البائع الأول ، فهل يستطيع المشترى أن يرجع بدعوى الاستحقاق هذه على البائع الأول ؟ الظاهر أنه يستطيع كل ذلك . ومن ثم تكون الحقوق المكملة للعين قد انتقلت معها إلى الخلف الخاص ، كما هو الحكم فى الفقه الغربى .

٢ — اشترى شخص داراً من آخر ولم يقبضها ولم يدفع ثمنها . ثم باع الدار من مشتر ، فأصبح هذا المشترى خلفاً خاصاً للبائع الثانى كما فى المثل المتقدم . فهل يستطيع البائع الأول أن يحبس الدار عن المشترى حتى يستوفى

الثمن كما كان يحبسها عن البائع الثانى ؟ وهل يستطيع أن يفسخ البيع بخيار النقد فى حق المشترى كما كان يفعل فى حق البائع الثانى؟ لا شك فى أنه يستطيع كل ذلك . ومن ثم يتحمل الخلف الخاص أثر العقد الذى يبرمه سلفه فيما يتعلق بالالتزامات التى تعتبر محـــددة للعين ، كما هو الحكم فى الفقه الغربى .

٣ ــ باع شخص داراً مرهونة أو مستأجرة، فلا شك فى أن المشترى ــ وهو خلف خاص للبائع ــ تنتقل إليه الدار محملة بحق المرتهن أو بحق المستأجر ، بل إن البيع لا ينفذ إلا بإجازة المرتهن أو المستأجر . ومن ثم يتحمل الخلف الخاص أثر العقد من حيث الالتزامات التى تعتبر محددة كما هو الحكم فى الفقه الغربى .

ويخلص من هذا كله أن الخلف الخاص فى الفقه الإسلامى ــ على التحديد الذى عرفناه فى الفقه الغربى ــ ينصرف إليه بوجه عام أثر العقد الذى يبرمه سلفه ، من حيث الحقوق المكملة للشىء ومن حيث الالتزامات المحددة للشىء ، كما هو الحكم فى الفقه الغربى . ويمكن القول إذن أن أحكام الفقه الإسلامى فى هذه المسألة تماثل فى مجموعها أحكام الفقه الغربى .

المطلب الثانى

الدائنون

الأصل أنه ينصرف الى الدائن أثر العقد الذى يبرمه المدين :

فى الفقه الإسلامى، كما فى الفقه الغربى ، ينصرف أثر العقد الذى يبرمه المدين فى أمواله إلى دائنه . فلو أنه باع داراً مملوكة له ، وانتقلت ملكية الدار إلى المشترى ، فإن أثر هذا العقد ينصرف إلى الدائن ، فتخرج الدار من ضمانه ولا يستطيع أن ينفذ عليها بحقه بعد خروجها من ملك مدينه. كذلك لو اشترى

المدين داراً ، فإن أثر هذا الشراء ينصرف إلى الدائن إذ يزيد ضمانه ، وبدخول الدار المشتراة فى ملك المدين يستطيع الدائن أن ينفذ عليها بحقه .

وهذه هى نفس الأحكام التى قررناها فى الفقه الغربى :

متى يصبح الدائن « غيراً » فى تصرفات المدين :

على أن الدائن فى الفقه الإسلامى يصبح « غيرا » إذا تصرف المدين تبرعاً فى مرض موته ، إذ يأخذ هذا التبرع حكم الوصية . وحق الدائن مقدم على الوصية ، فلا تسرى الوصية فى حق الدائن ، بل يستوفى هذا حقه قبل تنفيذ الوصية . فإذا كانت التركة مستغرقة بالدين لم تنفذ الوصية أصلا ، وإلا نفذت فى ثلث ما بقى من المال بعد سداد الدين .

والأصل فى الفقه الإسلامى ، كما هو الأصل فى الفقه الغربى ، أن المدين حر التصرف فى ماله ولو تبرعا ، مادام أنه ليس فى مرض الموت . وتصرفه يسرى فى حق دائنه ، فينصرف أثر التصرف إلى الدائن على النحو الذى قدمناه . إلا أنه إذا تصرف المدين ، ولو معاوضة ، بعد الحجر عليه للفلس ، لم يسر هذا التصرف فى حق دائنه . كذلك تذهب المالكية إلى أن تصرف المدين المضار بدائنه لا يسرى فى حق الدائن ، حتى قبل الحجر عليه للفلس .

فعندنا إذن مسألتان : (١) الحجر على المدين للفلس ، وهذا يقابل الإعسار فى الفقه الغربى . (٢) عدم سريان تصرف المدين الضار بحق الدائن فى مذهب مالك ، وهذا يقابل فى الفقه الغربى الدعوى البولصية .

§ ١ — الحجر على المدين للفلس

اختلاف الأحكام باختلاف المذاهب :

تختلف أحكام الحجر على المدين المفلس (١) باختلاف المذاهب . فنستعرض هذه الأحكام فى المذاهب الأربعة ، ثم نقارن فيما بينها ، ونقارن بعد ذلك بين الفقه الإسلامى والفقه الغربى فيما يتعلق بنظام الإعسار ، ثم نستعرض نظام الحجر على المدين المفلس فى التقنين المدنى العراقى وهو مأخوذ من أحكام الفقه الإسلامى .

المذهب الحنفى :

كيف يتم الحجر :

عند أبى حنيفة لايحجر على المدين بسبب الدين ، ولو زادت ديونه على أمواله وطلب غرماؤه الحجر عليه ، لأن فى الحجر عليه إهداراً لآدميته .

وإذا طلب غرماؤه حبسه ، حبس حتى يبيع ماله لقضاء دينه .

وعند الصاحبين — وعلى قولهما الفتوى — يجوز الحجر على المدين المفلس بطلب الغرماء . فيجب إذن توافر شرطين للحجر : (أولا) أن يركب المدين دين مستغرق لماله أو يزيد ، فيكون مجموع ديونه الحالة والمؤجلة أكثر من ماله . وهذا على قول من يذهب إلى أن مسألة الحجر بسبب الدين بناء على مسألة القضاء بالإفلاس ، والإفلاس عند الصاحبين يتحقق فى حال حياة المدين ، ولا يتحقق عند أبى حنيفة إلا بعد موته . وهناك رأى آخر

---

(١) سمى المفلس مفلسا لانه استبدل بالذهب والفضة الفلوس ، أو لانه لا مال له الا الفلوس ، وهى أدنى أنواع الاموال (المغنى ص ٤٥٥) .

يذهب إلى أنه يجوز الحجر على المدين ولو كان غير مفلس ، إذا كان مماطلا فى أداء دينه مع قدرته على الوفاء(١) . (ثانيا) أن يطلب الغرماء الحجر على المدين ، فلا يجوز الحجر بغير طلب الغرماء .

فإذا توافر هذان الشرطان ، حجر القاضى على المدين . ويشترط علم المحجور عليه بالحجر حتى يصير محجوراً عليه . وإذا حبس الرجل فى الدين ، ينبغى للقاضى أن يشهد أنه قد حجر عليه فى ماله حتى يقضى ديونه التى حبس فيها . فالإشهاد ، أى إعلان الحجر ، ليس بشرط لصحته ، وإنما يفعله القاضى خوفا من الجحود .

جاء فى الهداية (انظر تكملة فتح القدير ٧ ص ٣٢٤ — ص ٣٢٨) : « قال أبو حنيفة لا أحجر فى الدين ، وإذا وجبت ديون على رجل وطلب غرماؤه حبسه والحجر عليه لم أحجر عليه ، لأن فى الحجر إهدار أهليته فلا يجوز لدفع ضرر خاص . فإن كان له مال لم يتصرف فيه الحاكم ، ولكن يحبسه أبداً حتى يبيعه فى دينه ، إيفاء لحق الغرماء ودفعا لظلمه . وقالا إذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه ، حجر القاضى عليه ومنعه من البيع

---

(١) وبهذا الرأى أخذت مجلة الاحكام العدلية . فنصت المادة ٩٥٩ منها على أن « للحاكم أن يحجر المديون بطلب الغرماء » ، ويقول الاستاذ سليم باز (ص ٥٣٨) : « وهل يراد بالمديون المديون مطلقا أو المفلس فقط ؟ سنحققه فى شرح المادة ٩٩٩ » . ثم نصت المادة ٩٩٨ على انه : « لو ظهر عند الحاكم مماطلة المديون فى أداء دينه مع قدرته على الوفاء ، وطلب الغرماء بيع ماله وتأدية دينه ، حجره الحاكم » . ونصت بعد ذلك المادة ٩٩٩ على أن « المديون المفلس ، وهو من كان دينه مساويا لماله أو أزيد منه ، اذا خاف غرماؤه أن يضيع ماله بالتجارة ، أو أن يخفيه أو يجعله باسم غيره ، وراجعوا الحاكم طالبين حجره عن التصرف فى ماله أو عن اقراره بدين لاخر ، حجره الحاكم » . ويقول الاستاذ سليم باز (ص ٥٥٥) : « مفاده اذا لم يكن المديون مفلسا لا يجوز حجره ، وهذا موافق لما فى الدر المنتقى ، ونصه « ويشترط لصحة الحجر عندهما القضاء بالافلاس ، ثم الحجر بناء عليه ا هـ . ولكن صرح فى المادة السابقة بجواز الحجر على المديون ولو كان مليا ، فتنبه وبه صرح فى نتائج الافكار » .

وانظر أيضا ما جاء فى تكملة فتح القدير جزء ٧ ص ٣٢٧ و ص ٣٢٩ ، ويكشف عن هذا الخلاف فى المذهب الحنفى — وانظر مقالا للدكتور محمد زكى عبد البر فى الحجر على المدين فى الفقه الاسلامى فى مجلة المحاماة السنة السادسة والثلاثين العدد التاسع ص ١٤٣٥ — ص ١٤٣٦ .

والتصرف والإقرار حتى لايضر بالغرماء، لأن الحجر على السفيه إنما جوز نظراً له، وفى هذا الحجر نظر للغرماء لأنه عساه يلجىء ماله فيفوت حقهم»

وجاء فى البحر الرائق (جزء ٨ ص ٨٣): «لايحجر عليه بسبب الدين ولو طلب غرماؤه الحجر عليه، وهذا عند الإمام لأن فى الحجر عليه إهدار أهليته وإلحاقه بالبهائم، وذلك ضرر عظيم فلا يجوز. وعندهما يجوز الحجر عليه بسبب الدين، وعلى قولهما الفتوى، كذا فى قاضيخان من باب الحيطان وفى الكافى. والكلام فى الحجر بالدين فى موضعين. أحدهما أن يركبه دين مستغرق لماله أو يزيد على أمواله وطلب الغرماء من القاضى أن يحجر، فيحجر عليه، ويمنع من البيع والتصرف والإقرار حتى لايضر بالغرماء. وفى النوادر مسألة الحجر بسبب الدين بناء على مسألة القضاء بالإفلاس، والإفلاس عندهما يتحقق فى حال حياته فيمكن القاضى القضاء بالإفلاس . . . وفى التتارخانية يشترط علم المحجور عليه حتى يصير محجوراً عليه، وفى النوادر وإذا حبس الرجل فى الدين ينبغى للقاضى أن يشهد أنه قد حجر عليه فى ماله حتى يقضى ديونه التى حبس فيها».

مايترتب على الحجر:

ويترتب على الحجر على المدين: (١) منعه من التصرف فى ماله. (٢) بيع هذا المال وقسمة الثمن بين الغرماء بالمحاصة.

١ — المنع من التصرف:

أما المنع من التصرف فى المال فمقصور على مال المدين الذى كان موجوداً وقت الحجر، ولايؤثر فى المال الذى يتملكه المدين بعد الحجر. وهذا بخلاف الحجر للسفه، فإنه يؤثر فى المال الموجود وقت الحجر والحادث بعده. والفرق بينهما أن الحجر على المدين إنما هو لحق الغرماء وقد تعلق

حقهم بماله الموجود وقت الحجر لا بما يحدث بعده لأنه لم يكن موجوداً ، أما الحجر على السفيه فلحق نفسه وحقه يتناول كل ماله ما وجد وما سيوجد . والحجر للدين يؤثر فى كل التصرفات المؤدية إلى إبطال حق الغرماء الذين باشروا الحجر على المدين ، دون غيرهم من الغرماء الذين لم يباشروا الحجر . فالحجر للدين هو إذن نسبى فى آثاره ، فيما يتعلق بالمال الذى يقع عليه الحجر وفيما يتعلق بالدائنين الذين ينتفعون بالحجر . ومن ثم لا ينفذ فى حق الغرماء الذين باشروا الحجر هبة المحجور ولا صدقته ولا إبراؤه ولا وقفه . وينفذ بيعه بثمن المثل ، لا بمحاباة . وإذا تزوج بأكثر من مهر المثل ، لم ينفذ فى حق الغرماء إلا مهر المثل ، وما زاد على ذلك لا ينفذ إلا فيما يحدث من مال بعد الحجر . ولا يجوز للمدين المحجور أن يؤثر بعض الغرماء بقضاء ديونهم دون بعض . ولا ينفذ إقراره فيما كان له من مال عند الحجر عليه ، وينفذ فيما يملكه من مال بعد ذلك. ويتوقف نفاذ التصرفات الموقوفة على إجازة الدائنين أو استيفائهم لحقوقهم أو إبرائهم للمدين . على أنه إذا استهلك المدين المحجور مال إنسان وثبت ذلك بغير إقراره ، لزمه ضمانه من ماله الموجود وقت الحجر ، إذ لا حجر فى الفعل وهو مشاهد فتنتفى التهمة ، وإنما الحجر فى التصرفات القولية . ولا تحل الديون المؤجلة بالحجر ، بخلاف الموت فيحل به الدين المؤجل .

جاء فى حاشية الشلبى على الزيلعى (جزء ٥ ص١٩٩) : ولا يعمل الحجر فيما يحدث من المال ، بخلاف الحجر بسبب السفه حيث يعم الموجود والحادث ».

وجاء فى الهداية (انظر تكملة فتح القدير ٧ ص ٣٢٨) : « ومنعه من البيع والتصرف والإقرار حتى لا يضر بالغرماء لأن الحجر على السفيه إنما جوزاه نظرا له ، وفى هذا الحجر نظر للغرماء ، لأنه عساه يلجئ. ماله فيفوت حقهم . ومعنى قولهما ومنعه من البيع أن يكون بأقل من ثمن المثل ، أما البيع بثمن المثل لا يبطل حق الغرماء ، والمنع لحقهم فلا يمنع منه . . فإن أقر فى حالة الحجر بإقرار لزمه ذلك بعد قضاء الديون ، لأنه تعلق بهذا المال حق الأولين فلا يتمكن من إبطال حقهم بالإقرار لغيرهم بخلاف الاستهلاك لأنه مشاهد لا مرد له ،

له . ولو استفاد مالا آخر نفذ إقراره فيـــه ، لأن حقهم لم يتعلق به لعدمه وقت الحجر »

وجاء فى البحر الرائق (جزء ٨ ص ٨٣) : « ويمنع من البيع والتصرف والإقرار حتى لا يضر بالغرماء . . . وفى العناية وإذا قضى بالحجر بسبب الدين ، يختص بالمال الموجود فى الحال دون مايحدث من الكسب اوغيره ، حتى لو تصرف فى الحادث نفذ . وإذا صح الحجر بسبب الدين ، صار حال هذا المحجور عليه كحال مريض عليه ديون الصحة . وكل تصرف يؤدى إلى إبطال حق الغرماء ، فالحجر يؤثر فيه »

وجاء فى الفتاوى الهندية (جزء ٤ ص ٦٣) : « ولو حجر القاضى على رجل لقوم لهم ديون مختلفة ، فقضى المحجور دين بعضهم ، شارك الباقون فيما قبض ، يسلم له حصته ، ويدفع ما زاد على حصته إلى غيره من الغرماء » .

٢ — بيع مال المدين وقسمة الثمن بين الغرماء بالمحاصة — البائع أسوة الغرماء :

ويباع مال المدين عليه ، ويقسم ثمنه بين الغرماء بالمحاصة . ويبدأ بما يخشى عليه التوى من عروضه ، ثم بما لا يخشى عليه ، ثم بالعقار . ولكن يترك للمدين لباسه الضرورى وبيت سكنه ، وينفق عليه وعلى من تلزمه نفقته فى مدة الحجر من ماله . وبيع مال المدين عليه هو قول الصاحبين ، أما أبو حنيفة فكما لا يرى الحجر على المدين كذلك لا يجيز بيع ماله عليه . وإذا كان عند المدين المحجور متاع لرجل بعينه ابتاعه منه ، فصاحب المتاع أسوة للغرماء فيه ، ولا يجوز للبائع فسخ البيع واسترداد متاعه .

جاء فى المبسوط (جزء ٢٤ ص ١٦٤—١٦٦) : « لا يباع على المديون ماله فى قول أبى حنيفة ، . . وقال أبو يوسف ومحمد يبيع عليه ماله فيقضى

دينه بثمنه ، لحديث معاذ رضى الله عنه ، فإنه ركبته الديون ، فباع رسول الله صلى الله عليه وسلم ماله ، وقسم ثمنه بين غرمائه بالحصص . وقال عمر بن الخطاب رضى الله عنه فى خطبته أيها الناس إياكم والدين ، فإن أوله هم وآخره حرب . وإن أسيفع جهينة قد رضى من دينه وأمانته أن يقال سبق الحاج ، فادان معرضا ، فأصبح وقدرين به . ألا إنى بائع عليه ماله ، فقاسم ثمنه بين غرمائه بالحصص ، فمن كان له عليه دين فليفد . ولم ينكر عليه أحد من الصحابة ، فكان هذا اتفاقا منهم على أنه يباع على المديون ماله . والمعنى فيه أن بيع المال لقضاء الدين من ثمنه مستحق عليه ، بدليل أنه يحبس إذا امتنع منه . وهو ما يجزى فيه النيابة ، والأصل إن امتنع عن إيفاء حق مستحق عليه وهو مما يجزى فيه النيابة ، ناب القاضى فيه منابه . . . وأبو حنيفة رحمه الله استدل بقوله تعالى : لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض . والمعنى فيه أن بيع المال غير مستحق عليه . . . المستحق عليه قضاء الدين ، وجهة بيع المال غير متعين لقضاء الدين ، فقد يتمكن من قضاء الدين بالاستيهاب والاستقراض وسؤال الصدقة من الناس ، فلا يكون للقاضى تعيين هذه الجهة عليه بمباشرة بيع ماله . والدليل عليه أنه يحبسه بالاتفاق . . ولو جاز للقاضى بيع ماله لم يشتغل بحبسه ، لما فى الحبس من الإضرار به وبالغرماء فى تأخير وصول حقهم إليهم ، فلا معنى للمصير إليه بدون الحاجة ، وفى اتفاق العلماء رحمهم الله على حبسه فى الدين دليل على أنه ليس للقاضى ولاية بيع ماله فى دينه . . . وأما تأويل حديث معاذ رضى الله عنه فنقول إنما باع رسول الله صلى الله عليه وسلم ماله بسؤاله ، لأنه لم يكن فى ماله وفاء بدينه ، فسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يتولى بيع ماله لينال ماله بركة رسول الله صلى الله عليه وسلم فيصير فيه وفاء بديونه . وهذا لأن عندهما يأمر القاضى المديون ببيع ماله أولا ، فإذا امتنع فحينئذ يبيع ماله ، ولا يظن بمعاذ رضى الله عنه أنه كان يأبى أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم إياه ببيع ماله حتى يحتج ببيعه عليه بغير رضاه ، فإنه كان سمحا جواداً لا يمنع أحداً شيئا ولأجله ركبته

الديون ، فكيف يمتنع من قضاء دينه بماله بعد أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم ! والمشهور فى حديث أسيفع رضى الله عنه أن عمر رضى الله عنه قال : إنى قاسم ماله بين غرمائه ، فيحمل على أنه كان ماله من جنس الدين . وإن ثبت البيع فإنما كان ذلك برضاه ، ألا ترى أن عندهما القاضى لا يبيعه إلا عند طلب الغرماء ولم ينقل أن الغرماء طالبوه بذلك ، وإنما المنقول أنه ابتدأهم بذلك وأمرهم أن يفدوا إليه ، فدل أنه كان ذلك برضاه » .

وجاء فى الزيلعى (جزء ٥ ص ٢٠٠) : « يبدأ القاضى ببيع النقود ، لأنها معدة للتقلب ولا ينتفع بعينها ، فيكون بيعها أهون على المدين . فإن فضل شىء من الدين ، باع العروض ، لأنها قد تعد للتقلب والاسترباح ، فلا يلحقه كبير ضرر فى بيعها . فإن لم يف ثمنها بالدين ، باع العقار ، لأن العقار يعد للاقتناء ، فيلحقه ضرر ببيعه ، فلا يبيعه إلا عند الضرورة . وقال بعضهم يبدأ القاضى ببيع ما يخشى عليه التوى من عروضه ، ثم مالا يخشى عليه التلف منه ، ثم يبيع العقار . ويترك عليه دست من ثياب بدنه ويباع الباقى لأن به كفاية ، وقيل يترك له دستان لأنه إذا غسل ثيابه لا بد له من ملبس . وقالوا إذا كان للمدين ثياب يلبسها ويكتفى بدون ذلك ، فإنه يبيع ثيابه ويقضى الدين ببعض ثمنها ويشترى بما بقى ثوباً يلبسه ، لأن قضاء الدين فرض عليه فكان أولى من التجمل . وعلى هذا إذا كان له مسكن ويمكنه أن يجتزىء بما دون ذلك ، يبيع ذلك المسكن ويقضى ببعض ثمنه الدين ويشترى بالباقى مسكناً يكفيه » .

وجاء فى البحر الرائق (جزء ٨ ص ٨٤) : « وينفق على المحجور وعلى زوجته وأولاده الصغار وذوى أرحامه من ماله ، لأن حاجته الأصلية مقدمة على حق الغرماء . . فإن كان المحجور اسرف فى الطعام والكسوة ، أمره القاضى أن ينفق بالمعروف . وفى الينابيع المحجور عليه إذا تزوج امرأة وزاد فى مهر مثلها ، جاز فى مهر مثلها لأنه من الحوائج الأصلية . وفى الذخيرة إذا

باع القاضي مال المديون أو أمينه بالدين الذي ثبت عليه ببينة أو إقرار ، وضاع الثمن أو استحقت العين المعينة، فالعهدة على من باع لأجله لا على القاضي وأمينه . . . وإن أفلس مبتاع عين فبائعه أسوة الغرماء : يعني لو اشترى متاعا فأفلس والمتاع في يده ، فالذي باعه المتاع أسوة الغرماء فيه ، مراده بعد قبض المشتري المتاع بإذن البائع . وإن كان قبل القبض ، فللبائع أن يحبس المتاع حتى يقبض الثمن . وكذا إذا قبضه بغير إذن البائع ، كان له أن يسترده ويحبسه بالثمن . وقال الإمام الشافعي للبائع فسخ العقد وأخذ متاعه قبل القبض وبعده ، لما أخرجه الإمام مسلم عن أبي هريرة قال : قال عليه الصلاة والسلام من أدرك ماله بعينه عند رجل أفلس أو عند إنسان قد أفلس ، فهو أحق به به من غيره . ولأن المشتري قد عجز عن تسليم أحد بدلي العقد وهو الثمن فيثبت للبائع حق الفسخ كما إذا عجز عن تسليم المبيع ، والجامع بينهما أنه عقد معاوضة فيقتضي المساواة . ولنا قوله تعالى « وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة » ، فاستحق النظر إلى ميسرة بالآية فليس له المطالبة قبلها ، ولا فسخ بدون المطالبة بالثمن. والجواب عن الحديث أنه قال من وجد ماله ، وهذا مال المشتري لا مال البائع . وإنما يصلح أن يكون حجة أن لو قال فأصاب رجل عين مال قد كان باعه من الذي وجده في يده ولم يقبض ثمنه فهو أحق به من كل الغرماء، وهو نظير ماروي عن سمرة أنه عليه الصلاة والسلام قال من سرق ماله أو ضاع له متاع فوجده في يد رجل بعينه فهو أحق به ويرجع المشتري على بائعه بالثمن رواه الطحاوي .

وجاء في الفتاوى الهندية (جزء ٥ ص ٦٤) : « ومن أفلس وعنده متاع لرجل بعينه ابتاعه منه ، فصاحب المتاع أسوة للغرماء فيه . صورته رجل اشترى من رجل شيئاً وقبضه ، فلم يؤد ثمنه حتى أفلس وليس له غير هذا الشيء ، فادعى البائع بأنه أحق من سائر الغرماء ، وادعى الغرماء التسوية في ثمنه . فإنه يباع ويقسم الثمن بينهم بالحصص إن كانت الديون كلها حالة ، وإن كان بعضها مؤجلا وبعضها حالا يقسم الثمن بين الغرماء الذين

حلت ديونهم ، ثم إذا حل الأجل شاركهم أصحاب الديون المؤجلة فيما قبضوا بالحصص . وأما إذا لم يقبض المبيع ثم أفلس ، فصاحب المتاع أولى بثمنه من سائر الغرماء ، كذا فى الينابيع » .

المذهب المالكى :

كيف يتم الحجر :

فى المذهب المالكى لمن أحاط الدين بماله ثلاث أحوال : الحالة الأولى قبل التفليس ، فيمنع من التصرف فى ماله بغير عوض لما فى ذلك من الإضرار بدائنيه ، إذ الدين محيط بماله . والحالة الثانية تفليس عام ، وهو قيام الغرماء عليه دون حكم القاضى ، ولهم سجنه ومنعه من البيع والتعامل . والحالة الثالثة تفليس خاص ، وهو خلع ماله لغرمائه بعد حكم القاضى بتفليس المدين والحجر عليه . أما الحالتان الأوليان — حالة ما قبل التفليس وحالة التفليس العام — وهما حالتان لا يحتاجان إلى حكم القاضى ، فالكلام فيهما يأتى فى عدم سريان تصرف المدين الضار بحقوق الدائن ، وهو ما يقابل الدعوى البولصية فى الفقه الغربى . والذى يعنينا هنا ، هو الحالة الثالثة ، أى حالة التفليس الخاص ، وهى الحالة التى تقابل فى الفقه الغربى شهر إعسار المدين .

ويشترط فى التفليس الخاص شروط ثلاثة : (أولا) أن يحيط الدين بمال المدين ، وأن يحل الدين كلا أو بعضاً فلا يفلس من لم يحل عليه شىء ، وأن يزيد الدين الحال على مال المدين الذى بيده فلا يفلس من كان ماله أكثر اتفاقا ، ولا إن ساوى فى المذهب . ولا يفلس فى الديون المؤجلة على خلاف فى الرأى ، وإذا أتى بحميل فإن إتيانه بالحميل يمنع من حلول الديون المؤجله . (ثانياً) أن يلد المدين ويماطل بعد حلول الأجل فى دفع ما عليه ، فإن دفع للدائنين جميع ما بيده ولم يتهم بإخفاء شىء لم يفلس هذا التفليس الخاص . (ثالثاً) أن يرفع الدائنون كلهم او بعضهم أمر المدين إلى الحاكم ، ليحكم

بتفليسه والحجر عليه . ولو أبى تفليسه بعض الدائنين وطلب بعض آخر تفليسه ، فإنه يفلس لحق من طلب من الدائنين التفليس ، سواء كان الدين الحال كله لطالب تفليسه أو بعضه له وبعضه لغيره من الدائنين الذين لم يطلبوا التفليس ، خلافا لما قيل من أن المدين لا يفلس إلا إذا كان الدين الحال لطالب التفليس زائداً على مال المدين [١] . وإذا فلس أو سجن لحق بعض الدائنين، كان للباقى إذا شاؤوا أن يحاصوا الدائنين الذين طلبوا السجن أو التفليس [٢]. فإذا لم يطلب أحد من الغرماء تفليس المدين، لم يفلس . وليس للمدين أن يفلس نفسه ، بأن يرفع الأمر للحاكم ويثبت عدم نفسه ويفلسه الحاكم من غير طلب الغرماء ذلك . [٣]

فإذا توافرت هذه الشروط الثلاثة ، حكم الحاكم بتفليس المدين وحجر عليه وخلع ماله لغرمائه ، حضر المدين أو غاب ، فلا يتوقف الحكم على حضوره .

جاء فى الخرشى (جزء ٥ ص ٢٦٥ — ص ٢٦٦) : « من أحاط الدين بماله يفلس بشروط ثلاثة : الأول أن يطلبه أرباب الديون بديونهم الحالة ، كلهم أو بعضهم ويأبى البعض . وإذا فلس البعض ، فللآخرين محاصة القائم ، لأن تفليسه لواحد تفليس للجميع . الشرط الثانى أن يكون الدين المطلوب تفليسه به قد حل أصالة أو لانتهاء أجله ، إذ لا حجر بدين مؤجل . الشرط

---

(١) الدسوقى على الشرح الكبير جزء ٣ ص ٢٦٥ .

(٢) جاء فى المدونة الكبرى (جزء ١٣ ص ٨٠) : « قلت ارايت ان قال بعضهم نحن نسجنه ، وقال بعضهم لانسجنه ولكنا نخليه يطلب الفضل حتى يقضينا حقوقنا . قال اذا تبين الالواء للسلطان وطلب واحد من الغرماء أن يسجه ، له سجنه — فان شاء أولئك الذين لم يريدوا أن يسجنوه ان يقوموا على حقوقهم فيحاصوا هذا الغريم الذى سجنه فى مال المسجون المطلوب ، فذلك لهم . »

(٣) جاء فى الحطاب (جزء ٥ ص ٣٨) : « وفهم من قوله فلس بطلب الغريم أنه لا يكون للقاضى تفليس المديان الا بطلب الغريم ، وانه لو أراد المدين تفليس نفسه لم يكن له ذلك . وقد اختلف الشافعية هل له ذلك أم لا » .

الثالث أن يكون الدين الحال زائداً على مال المفلس إذ لاحجر بالدين المساوى، أو بقى من ماله بعد وفاء الحال مالايفى بالدين المؤجل. مثلا عليه مائتان مائة حالة ومائة مؤجلة ، ومعه مائة وخمسون ، فالباقى بعد وفاء المائة الحالة لايفى بالدين المؤجل ، فيفلس ولو أتى بحميل، وأحرى إن لم يبق للمؤجل شىء .وبقى شرط ، وهو أن يكون الغريم ملداً ، وبعبارة وإنما يفلس بطلب بعض الغرماء إذا تبين لدده ، نقله الطخيخى عن المدونة. فإن قلت الغائب لايتصور فيه ذلك ، قلت الغائب حيث لم يعلم ملاؤه مظنة اللدد » . وجاء فى حاشية العدوى (على الخرشى جزء ٥ ص ٢٦٥ — ص ٢٦٦) تعقيباً على ماتقدم : « قوله فالباقى الخ ، هذه طريقة اللخمى . وطريقة المازرى إذا كانت مؤجلة لم يفلس بها، ففى هذه الصورة لاتفليس . والحاصل أن المازرى يقول إذا حل بعض الدين واستغرق ما بيد المدين ، وبقى ما لايفى بالمؤجل ، فلا يفلس . ويؤخذ منه الحال ، ويبقى المؤجل حتى يحل يخاص من الباقى إن وجد . قال المواق فانظر ماللمازرى مع كلام خليل ، أى انظر لم تبع اللخمى دون المازرى ... وبقى شرط آخر ، وهو ألا يدفع لطالب التفليس حميلا بمال وإلا لم يفلس[١] » .

مايترتب على الحجر :

ويترتب على التفليس الخاص الذى بسطنا شروطه فيما تقدم النتائج

---

(١) وجاء فى حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (جزء ٣ ص ٢٦٥ — ص ٢٦٦) : « قوله فلا يفلس بمساو : اى اذا كان مابيده مساويا للدين الذى عليه الحال ، فانه لايفلس ولا تهتك حرمته ، وهذا لاينافى انه يمنع من التبرعات كمامر . قوله فيفلس على المذهب : وقيل يفلس فى هذه الحالة ، لان الديون المؤجلة لايفلس بها . والقول الاول للخمى ، والثانى للمازرى . قوله فيفلس ولراتى بحميـــل : ظاهره أنه يفلس فى هذه الحالة ولو كانت الفضلة الباقية بيده يعامله الناس بسببها ويرجى من تنميته لها مايقضى به الدين المؤجل . وقال ابن محرز انه لايفلس . وظاهر كلام ابن عرفه أن هذا التقييد هو المذهب ، فيحمل القـول بتفليسه على ما اذا كان لايرجى بتحريكه الفضلة وفاء المؤجل . فقول المصنف لايكفى اى ولو بواسطة التحريك ، فوافق مالابن محرز » .

الآتية : (١) الحجر على المدين ومنعه من التصرف فى ماله . (٢) بيع مال المدين وقسمة الثمن بين الغرماء بالمحاصة . (٣) حلول الديون المؤجلة . (٤) استرداد من باع عيناً للمدين ولم يقبض ثمنها لهذه العين ذاتها .

١ — الحجر على المدين ومنعه من التصرف فى ماله :

المذهب المالكى كالمذهب الحنفى فى أن الحجر لا يتناول إلا المال الموجود وقت الحجر ، كما سنرى . ويترتب على الحجر أن يمنع المدين من التصرف فى هذا المال، تبرعا أو معاوضة، بمحاباة أو بغير محاباة. فلا تنفذ الهبة أو الصدقة أو الإبراء أو الوقف ، كما لا ينفذ البيع أو الشراء أو الكراء أو الاكتراء . ولا يكون للمدين أن يتزوج ولو بما لا يزيد على أجر المثل فى المال الذى فلس فيه ، ولا يقبل منه إقراره فى هذا المال ولكن يقبل منه تعيينه القراض الذى تحت يده لغيره والوديعة بأن يقول هذا المال قراض تحت يدى أو وديعة لفلان إن قامت بينة بأصله . ويتوقف نفاذ التصرفات الموقوفة على إجازة الدائنين أو استيفائهم لحقوقهم أو إبرائهم للمدين . ولا يجوز للمدين المحجور أن يؤثر بعض الغرماء بقضاء ديونهم دون بعض بل يتحاصون جميعاً فى ماله . وله أن يستدين ، على أن يوفى الدين من مال يطرأ له لا من المال الذى فلس فيه .

جاء فى الشرح الكبير للدردير (انظر حاشية الدسوقى ٣ ص ٢٦٦) : «فمنع المفلس بالمعنى الأخص من تصرف مالى ، كبيع وشراء وكراء واكتراء ولو بغير محاباة خلافا لمن قيده بالمحاباة لأنها من التبرع وهو يمنع منه بمجرد الإحاطة كما تقدم . فإن وقع التصرف المالى لم يبطل، بل يوقف على نظر الحاكم أو الغرماء. لا إن التزم شيئا فى ذمته لغير رب الدين إن ملكه، فلا يمنع منه ، إلا أن يملكه ودينهم باق عليه فلهم منعه حتى يوفيهم دينهم» . وجاء فى حاشية الدسوقى (جزء ٣ ص ٢٦٦) تعقيباً على ما تقدم : «قوله على نظر الحاكم : أى عند

عدم إتفاق الغرماء واختلافهم فى رده وإمضائه . وقوله أو الغرماء : أى عند اتفاقهم . وبهذا حصل التوفيق بين قول ابن عرفة إذا حصل من المفلس تصرف مالى فلا يبطل بل يوقف على نظر الحاكم إن شاء رده وإن شاء أمضاه ، وقول الجواهر بل على نظر الغرماء . . . قوله لا فى ذمته : أى لا يمنع من التصرف فى ذمته ، كما لو التزم شيئا لغير رب الدين إن ملكه ، ثم ملكه ، فلا يمنع من دفعه له حيث ملكه بعد وفاء دينهم » .

وجاء فى الحطاب (جزء ٥ ص ٣٩) : « إذا اشترى شيئا ، وشرط أن يقضيه من غير ما حجر عليه مما سيطرأ ، جاز . . ولا يلزم فى هذا أن يكون لأجل مجهول ، فقد يؤجل بأجل معلوم يمكنه أن يتجر فيه فى تلك السلعة ويربح فيها . »

وجاء فى المدونة الكبرى (جزء ١٣ ص ٨٦) : « قلت أرأيت المفلس أيكون له أن يتزوج بعد ما فلسوه ؟ قال أما فى المال الذى فلسوه فيه فلا يكون له أن يتزوج فيه ، وأما فيما يفيد بعد ذلك فله أن يتزوج فيه . قلت وهذا قول مالك ؟ قال هذا رأيى » .

٢ — بيع مال المدين وقسمة الثمن بين الغرماء بالمحاصة :

قدمنا أن الحجر لا يتناول إلا المال الموجود وقت الحجر ، وما حدث بعد ذلك يحتاج إلى حجر جديد . فإذا اقتسم الغرماء ما تحصل من المال المحجور عليه ابتداء أو بحجر جديد ، انفك حجر المدين بلا احتياج فى فكه إلى حكم من الحاكم . وللغرماء تحليف المدين إنه لم يخف عنهم مالا عنده ، فإن نكل فلا ينفك حجره . وإذا انفك حجره ، وحدث له مال بعد ذلك كميراث أو وصية أو هبة ، وجب تجديد الحجر على المال الحادث ، لأن الحجر

الأول كان فى مال مخصوص وانفك حجره ، فيتصرف فيما حدث الى أن يحجر عليه فيه . (١)

ويبيع الحاكم مال المدين من عقار أو عروض أو مثليات بحضرته ، لأنه أقطع لحجته . ويشمل ماله الذى يباع الدين الذى له على الغير (٢) ، الا أن يتفق الغرماء على ابقائه حتى يقبض ، وقيل انه لا يباع ويبقى على حاله . ويعجل بيع ما يخاف بتأخيره فساده كالفواكه ، أو تغيره عن حالته التى هو بها أو كساده . وكذا يعجل بيع الحيوان ، لأنه قد يتغير مع الاحتياج الى مؤونته . ويستأنى بالعقار لطلب زيادة الثمن ، وكذا العروض كالثياب والحديد والمعادن . ويتحرى الحاكم الاستقصاء فى الثمن وعدم تقدم من يزيد ، مع الخيار ثلاثا من الأيام لطلب الزيادة والاستقصاء فى الثمن فى كل سلعة إلا ما يفسده التأخير .

---

(١) ولو تداين بعد ذلك وحجر عليه ، لايدخل الدائنون الاول مع الدائنين الاخرين فى مال حدث عن معاملة ، بخلاف مال حدث له لاعن أصل معاملة نحو ارث ووصية وهبة واستحقاق وقف وجناية وركاز فيدخل فيه الاولون والاخرون (الشرح الصغير للدردير : انظر حاشية الصاوى ٢ ص ١٢١) .

(٢) واذا لم يكن للمدين بينة على حقه فى ذمة الغير الا شاهد واحد ، ونكل ان يحلف مع شاهده اليمين المكملة للحجة ، جاز للغرباء ان يحلفوا مع الشاهد فيكونوا بذلك قد استعملوا حق مدينهم فى الحلف على النحو الذى نراه فى استعمال الدائن لحق المدين فى الفقه الغربى . جاء فى الخرشى (جزء ٥ ص ٢٦٧) فى هذا المعنى مايأتى : « المفلس اذا كان له حق على شخص فجحده فيه ، وشهد له به شاهد واحد ، ونكل المفلس ان يحلف مع شاهده اليمين المكملة للحجة ، فان الغرماء ينزلون منزلة المفلس ويحلفون مع الشاهد على ذلك الحق كما ان المفلس يحلف ان ماشهد به الشاهد حق لاعلى قدر حصته من ذلك الدين لحلول كل منهم محل المفلس . فان حلفوا كلهم تقاسموا ذلك الحق ، وان نكلوا كلهم فلا شيء لهم منه ، ومن حلف اخذ حصته فقط اى بمنابه فى الحصاص من ذلك الدين لاجميع حصته ومن نكل فلا شيء له » .

ويقسم المتحصل من البيع محاصة بين الغرماء(١). فإن لم يف بكل الديون، لم يلزم المفلس بتكسب لوفاء ما بقى عليه من الدين ولو كان قادرا على ذلك، لأن الدين إنما تعلق بذمته فلا يطالب به إلا عند القدرة. وإن ظهر على المفلس دين لغريم بعد قسمة ماله، أو استحق مبيع(٢) من سلعة كانت للمدين ولو بيعت لأجنبي أو لأحد الغرماء قبل فلسه، رجع الغريم الطارىء أو من استحقت من يده السلعة على كل من الغرماء بما يخصه فى الحصاص.

ولا تباع آلة الصناعة التى لابد منها للمدين حتى يكسب معاشه. ويترك له قوته والنفقة الواجبة عليه لزوجة أو لولد أو لقريب، وكسوته وكسوة من تلزمه نفقته من قميص وعمامة وقلنسوة أو خمار للمرأة.

---

(١) ويقوم الدين الذى يخالف النقد، بأن كان الدين الذى على المدين عرضا أو مثليا حالا او مؤجلا لانه يحل بفلسه، يوم القسمة. ويشترى لرب الدين الخالف للنقد من جنس دينه وصفته بالشيء الذى يخصه فى الحصاص من مال المفلس، كأن يكون مال المفلس مائة وعليه لشخص مائة وعليه لاخر عرض قيمته يوم القسمة مائة، فيأخذ رب المائة خمسين، ويشترى بالخمسين الاخرى لرب العرض عرض من جنس عرضه وصفته. وجاز لرب الدين المخالف للنقد أخذ الثمن) لخمسين الباقية، الا لمانع كأن يكون المخالف طعام معاوضة فلايجوز لربه أخذ الثمن لما فيه من بيع الطعام قبل قبضه (الشرح الصغير للدردير : انظر حاشية الصاوى ٢ ص ١٢١ — ص ١٢٢).

(٢) وكضمان الاستحقاق خيار العيب، العهدة فيه على الغرماء. وعلى الغرماء أيضا العهدة اذا بيع مال المفلس وتلف ثمنه قبل أن يتقاسمه الغرماء، والعهدة على المفلس اذا جمع السلطان ماله لبيعه فتلف قبل ان يباع ويتحول ثمنا. جاء فى المدونة الكبرى (جزء ١٠ ص ١٨٤) : « قلت أرايت من اشترى عبدا من مال رجل قد فلسه السلطان، فأصاب به عيبا، على من يرده ؟ أعلى السلطان أم على الذى فلس أم على الغرماء الذين فلسوه ؟ قال بلغنى ممن أثق به أن مالكا قال يرد على الغرماء، ولم أسمعه منه، قال مالك لانه انما بيع لهم وهم اخذوا المال. قال ابن القاسم ولكنى قلت لمالك ارايت اذا فلس فجمعوا متاعه وباع السلطان لهم ماله فتلف قبل ان يقسموه ؟ قال قال لى مالك قد برىء الغريم منه ومصيبته من أهل الدين .. وقال مامات من الرقيق أو سرق من المتاع او هلك من الحيوان قبل أن يباع على الغرماء بعد ماجمعه السلطان، فهو من الذى عليه الدين مصيبته منه. فاذا باعه السلطان وصار ثمنا، فمصيبته من الذين لهم الدين ».

جاء فى المواق (أنظر الحطاب جزء ٥ ص ٤٢ — ص ٤٣) : « وحجر أيضا إن تجدد ومال.. المال المتجدد يحتاج إلى حجر ثان .. وانفك ولو بلا حكم.. إن لم يبق للمفلس مال واعترف بذلك الغرماء ، انفك الحجر عنه ولا يحتاج افك القاضى . . وبيع ماله بحضرته . . ويبيع الحاكم بحضرة المفلس بالخيار ثلاثا . . قال مالك يستأنى فى بيع ربع المفلس يتسوق به الشهر والشهرين ، وأما الحيوان والعروض يتسوق بها يسيرا ، والحيوان أسرع بيعا . وقال فى المدونة ومن شأن بيع السلطان عندنا أن يبيع بالخيار ثلاثة أيام ، قال سحنون يبيع بالخيار لعل زائداً يأتيه .. قال مالك يباع عليه سريره ومصحفه ، ولا تباع الكتب فى دين الميت ، والوارث وغيره فيها سواء ممن هولها أهل ، وإلى هذا ذهب سحنون . أبو محمد وغيره من أصحابنا يجيز بيعها ، بيعت كتب ابن وهب بعد موته بثلثمائة دينار ، قال ابن عبد الحكم وأصحابه حينئذ متوافرون فما أنكروا ذلك .. قال أبو حفص الصانع إذا فلس ترك له آلة البناء إن كان بناء ، وكذلك جميع الصناع تترك لهم الآلة لأنهم بها يتمعشون . . حكم بعض أصحابنا ببيعها فذكرت له فتيا أبى حفص ، فقال إنما بعتها لأنه ينتصب بها للناس يغرهم بذمته ، فأقطع عنهم مادته حتى يكون أجيرا تابعا . . ولا يلزم بتكسب من المدونة ، قال مالك الأمر الذى لا اختلاف فيه عندنا أن الحر إذا فلس لا يؤاجر ، قال ابن القاسم ولا يستعمل لقوله تعالى وإن كان ذو عسرة . . قال مالك ليس لغرماء المفلس أن يجبروه على اعتصار ما وهب لولده أو نحله ولا على شفعة له فيها فضل » .

وجاء فى الخرشى (جزء ٥ ص ٢٧١) : « وقسم مال المفلس المجتمع من أثمان ما بيع وناضه إن كان ، إما بنسبة الديون بأن ينسب كل دين لمجموع الديون ، فلو كان لشخص مائة ولآخر خمسون ولآخر مائة وخمسون ، ومال المفلس مائة وعشرون ، فنسبة دين الأول لمجموع الديون ثلث فيأخذ أربعين ، ونسبة الثانى سدس فيأخذ عشرين ، ونسبة الثالث النصف فيأخذ ستين . ويحتمل

طريقا آخر ، وهو نسبة مال المفلس لجملة الديون ، وطريق ذلك أن تعلم كمية مال المفلس ، ثم تعلم كمية الديون اللازمة لذمته ، ثم تنسب مال المفلس إلى مجموع الديون ، فبتلك النسبة يأخذ كل غريم من دينه . مثلا لو كان جميع مال المفلس عشرين دينارا ، وجميع الديون أربعون ، فنسبة العشرين إلى الأربعين النصف ، فيأخذ كل واحد من الغرماء نصف دينه » . ثم جاء بعد ذلك (ص ٢٧٤) : « المفلس إذا قسم الغرماء ماله ، ثم طرأ عليهم غريم سواء علم الغرماء به أم لا ، فإنه يرجع على كل من الغرماء بالحصة التى تنوبه لو كان حاضرا . فلا يأخذ مليئا عن معدم ، ولا حاضرا عن غائب ، ولا حيا عن ميت . فلو كان مال المفلس عشرة مثلا ، وعليه لثلاثة لكل واحد عشرة أحدهم غائب ، فاقتسم الحاضران ماله فأخذ كل واحد منهما خمسة ، ثم قدم الغائب ، فإنه يرجع على كل واحد منهما بواحد وثلثين . وكذلك إذا بيعت سلعة من مال المفلس أو الميت بعد الفلس والموت أو قبلهما ، ثم استحقت تلك السلعة ، فإن المستحق من يده يرجع على كل واحد من الغرماء بالحصة التى كانت تنوبه فى الحصاص فقط ، فلا يأخذ أحدا عن أحد . فلو كان عليه عشرون دينارا مثلا لاثنين ، ولم يوجد عنده إلا سلعتان ، فبيعت كل سلعة بعشرة ، فأخذ كل واحد من غريميه عشرة على قدر دينه ، ثم استحقت إحدى السلعتين ، فإن المستحق من يده يرجع على كل واحد منهما بثلث ما فى يده وهو ثلاثة وثلث ، لأنه غريم طرأ على الغرماء . وهذا مبنى على أنه يفلس حيث كان دينه مساويا لما بيده ، وهو خلاف ما مر . أو يحمل على ما إذا كانت قيمتها حين التفليس تنقص عن عشرين ، ثم زادتا حين البيع إلى بلوغهما عشرين » .

وجاء فى الشرح الكبير للدردير (انظر حاشية الدسوقى ٣ ص ٢٦٨ — ص ٢٦٩) : « وقبل إقراره . . بدين فى ذمته لمن لا يتهم عليه بالمجلس الذى حجر عليه أو قامت فيه الغرماء عليه . . إن ثبت دينه الذى حجر عليه به بإقرار منه به ، لا إن ثبت عليه ببينة . فلا يقبل إقراره لغيرهم ، وهذا إذا

كانت الديون الثابتة تستغرق ما بيده ولم يعلم تقدم معاملته للمقر له ، وإلا قبل إقراره . وهو أى ما أقر به ولم يقبل فيه إقراره ، بأن ثبت دينه ببينة أو أقر بعد المجلس بطول لمن لا يتهم عليه ، فى ذمته يحاصص المقر له به فيما يتجدد له من مال لا فيما بيده . . وقبل . . تعيينه القراض والوديعة ، بأن يقول هذا قراض أو وديعة ولو لم يعين ربهما أو كان بعد المجلس بطول ، إن قامت بينة بأصله أى بأصل ما ذكر من القراض والوديعة أن عنده ذاك أو أنه أقر به قبل إقامة الغرماء ، ولو لم يعين ربه ، وقبل منه تعيينه ولو لمتهم عليه . فإن لم تقم بينة بأصله ، فلا عبرة بإقراره ، وتحاصصه الغرماء ، ولا يكون فى ذمة المفلس لأنه معين . . والمختار قبول قول الصانع المفلس فى تعيين ما بيده لأربابه ، كهذه السلعة لفلان ، مع يمين المقر له ، ولو متهما عليه ، بلا بينة بأصله لأن الشأن أن ما بيده أمتعة الناس ، وليس العرف الإشهاد عليه عند الدفع ولا يعلم إلا من قوله ، فلا يتهم أن يقر به لغير ربه » .

وجاء فى حاشية الدسوقى (٣ ص ٢٦٨) تعقيبا على ما تقدم : « إقراره بعد القيام عليه جائز إن كانت ديون القائمين عليه بغير بينة ، أو ببينة وهى لا تستغرق ما بيده ، أو تستغرقه وعلم تقدم معاملته لمن أقر له [illegible] خلاف مذهب المدونة ، فإن مذهبها أن دين الغرماء الذين قاموا عليه متى كان ثابتا بالبينة فلا يقبل إقراره ولو علم تقدم معاملته لمن أقر له .. ولمالك فى الموازية قول ثالث أن من أقر له المفلس إن كان يعلم تقدم مداينة أو خلطة بينه وبين المقر ، حلف المقر له ودخل فى الحصاص مع من له بينة » . وجاء فى مكان آخر فى الشرح الكبير للدردير (ص ٢٧٨) : « وترك له . . من ماله قوته أى ما يقتات به مما تقوم به البنية لا ما يترفه به ، والنفقة الواجبة عليه لغيره كزوجاته ووالديه وأولاده ورقيقه الذى لا يباع عليـــه كأم ولده ومدبره ، لظن يسرته أى إلى وقت يظن بحسب الاجتهاد أنه يحصل له فيه ما يأتى به المعيشة . وهذا بخلاف مستغرق الذمة بالتبعات والمظالم ، فإنه

لايترك له الا مايسد رمقه وحده ، لأن أهل الأموال لم يعاملوه على ذلك . ويترك لهم أيضا كسوتهم . . كل واحد منهم دستا . . مقابل ثياب الزينة معتادا ، كقميص وعمامة وقلنسوة ويزاد للمرأة مقنعة وازار ، ولخوف شدة برد مايقيه » .

وجاء فى الحطاب (جزء ٥ ص ٤٢) : « قال فى المقدمات فى كتاب التفليس ويباع ماله من الديون الا أن يتفق الغرماء على تركها حتى تقبض عند حلولها » . أنظر فى هذا المعنى أيضا المدونة الكبرى ١٣ ص ٨٥ وسيأتى النص .

٣ — حلول الديون المؤجلة :

وتحل الديون المؤجلة بالتفليس الخاص ، وهذا هو الفرق الرئيسى بين التفليس الخاص والحالتين اللتين قبله ، فى حالة ماقبل التفليس عند احاطة الدين بمال المدين وفى حالة التفليس العام لاتحل الديون المؤجلة . على أنه حتى فى حالة التفليس الخاص إذا كان مشترطا عدم حلول الدين بالتفليس عمل بالشرط ولم يحل الدين . وأما الديون التى للمفلس ولم تحل ، فإنها لاتحل بفلسه .

جاء فى المدونة الكبرى (جزء ١٣ ص ٨٥ — ٨٦) « قلت أرأيت المفلس إذا كانت عليه ديون إلى أجل وعليه ديون قد حلت ، ففلسه الذين قد حلت ديونهم ، أيكون للذين لم تحل ديونهم عليه أن يدخلوا فى قول مالك ؟ قال نعم ، ولكن ما كان للمفلس من دين إلى أجل على الناس فهو إلى أجله . قلت وهذا قول مالك ؟ قال نعم . قلت أرأيت المفلس إذا كانت عليه ديون للناس إلى أجل أتحل إذا فلس فى قول مالك أم لا ؟ قال إذا فلس فقد حلت ديونهم عند مالك . قلت أرأيت إن فلس هذا المفلس وله ديون على الناس أتباع ديونه الساعة نقدا فى قول مالك ! قال نعم ، قلت

أفلا ينتظر به ويتلوم له حتى يقبض دينه من مدينيه ؟ قال قد حل للغرماء ، فذلك إلى الغرماء إن شاؤوا أخروه وإن شاؤوا لم يؤخروه . قال ابن وهب قال مالك من مات أو فلس فقد حل دينه وإن كان إلى أجل » .

وجاء فى الخرشى (جزء ٥ ص ٢٦٦ — ص ٢٦٧) : « الدين المؤجل على الشخص يحل بفلسه أو بموته على المشهور ، لأن الذمة فى الحالتين قد خربت والشرع قد حكم بحلوله ، ولأنه لو لم يحل للزم إما تمكين الوارث من القسم أو عدمه وكلاهما باطل لقوله تعالى من بعد وصية يوصى بها أو دين ، وللضرورة الحاصلة للكل بوقفه . وعلى المشهور لو طلب بعض الغرماء بقاءه مؤجلا منع من ذلك . ويستثنى من الموت من قتل مدينه ، فإن دينه المؤجل لايحل لحمله على استعجال ما أجل . وأما الدين الذى له فلا يحل بفلسه ولا بموته ، ولغرمائه تأخيره إلى أجله أو بيعه الآن . ومحل حلول الدين المؤجل بالموت أو الفلس مالم يشترط من عليه أنه لايحل عليه الدين بذلك . وإلا عمل بشرطه » .

٤ — استرداد من باع عينا من المدين ولم يقبض ثمنها لهذه العين ذاتها .

الأصل أن من باع عينا ولم يقبض ثمنها ليس له أن يفسخ البيع لعدم دفع الثمن ، بل يطالب المشترى بالثمن وينفذ به على ماله . وهذا هو الحكم أيضاً حتى لو مات المشترى ، فالبائع لايستطيع أن يسترد العين من تركته ، بل يرجع بالثمن على التركة . لكن إذا فلس المشترى ، كان للبائع فسخ البيع ، واسترداد العين المبيعة ذاتها ، ولا يتحمل فيها محاصة الغرماء . ومحل استرداد البائع عين ماله إذا لم يفده الغرماء بدفع ثمنه للبائع ، ولا بمالهم ، فأولى بمال المفلس ، فإن سلمه فليس له أخذه . وكذلك لا يأخذه إن انتقل عن أصله بناقل ،

كحنطة طحنت أو شقة فصلت ثوبا أو حيوان ذبح . وللبائع رد بعض ثمن قبضه من المفلس قبل التفليس وأخذ عين سلعته ، وله تركها والمحاصة بما بقى له .

جاء فى المدونة الكبرى (جزء ١٣ ص ٨٧) : « قلت أرأيت من مات وعليه دين ، وقد اشترى سلعة وهى قائمة بعينها ، أيكون الغرماء وهذا الرجل الذى باع هذه السلعة أسوة الغرماء فى هذه السلعة إذا لم يدع الميت مالا سواها ؟ قال نعم ، قلت وهذا قول مالك؟قال نعم . قلت وإنما يكون أولى بسلعته إذا أدركها من الغرماء فى التفليس لا فى الموت فى قول مالك ! قال نعم . ابن وهب عن مالك والليث وعمرو بن الحارث عن يحيى بن سعيد عن أبى بكر ابن حزم أن عمر بن عبد العزيز حدثه أن أبا بكر بن عبد الرحمن حدثه أنه سمع أبا هريرة يقول قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أيما رجل فلس فأدرك رجل ماله بعينه فهو أحق به من غيره . قال ابن وهب وأخبرنى مالك عن ابن شهاب عن أبى بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أيما رجل باع متاعا فأفلس الذى ابتاعه ولم يقبض الذى باعه من ثمنه شيئا ، فوجده بعينه فهو أحق به ، فإن مات المشـــترى فصاحب المتاع أسوة الغرماء . قال ابن وهب وسمعت من أرضى به يقول سمعت من أدركت من علمائنا يقولون من باع سلعة من رجل فأفلس المبتاع ، فصاحب السلعة أحق بها إذا وجدها قائمة بعينها ، إلا أن يعطى ثمن سلعته كاملا ليس له النماء . وقال ابن وهب وسمعت الليث يقول ذلك » .

وجاء فى الشرح الكبير للدردير (أنظر حاشية الدسوقى ٣ ص ٢٨٣ — ص ٢٨٤) « وللغريم . . أخذ عين ماله الثابت له ببينة أو بإقرار المفلس

قبل الفلس . . فى الفلس الواقع بعد البيع ونحوه وقبل قبض الثمن . فإن وقع قبله ، بعد قبضه السلعة ليقبلها أو ليتروى فى أخذها ثم عقد البيع ، فلا يكون أحق به . لا لمحوز عنه فى الموت ، فلا يأخذه ربه لخراب ذمته ، فصار بثمنه أسوة الغرماء . . وللرجوع فى عين ماله شروط ثلاثة . أشار لأولها بقوله إن لم يفده غرماؤه بثمنه الذى على المفلس ، فإن فدوه ولو بمالهم ، وأولى بمال المفلس ، لم يأخذه وكذا لو ضمنوا له الثمن وهم ثقات ، أو أعطوه حميلا ثقة ، لم يأخذه . ولثانيها بقوله وأمكن أخذه ، لا إن لم يمكن ، نحو . . . عصمة كمن خالعته على مال تدفعه له نخالعها ففلست فيحاصص غرماءها بما خالعها عليه ولا يرجع فى العصمة التى خرجت منه ، ولا فى قصاص صولح فيه بمال ثم فلس الجانى لتعذر الرجوع شرعا فى القصاص بعد العفو . . . ولثالثها بقوله ولم ينتقل عن ماله عما كان عليه حين البيع ، فإن انتقل فالحصاص . . إن طحنت الحنطة فلا رجوع ، وأولى لو عجنت أو بذرت ، أو خلط عين ماله بغير مثل ولم يتيسر تمييزه كخلط زيت بزيت من غير نوعه أو قطع الجلد نعالا . . »

مذهب الشافعى :

كيف يتم الحجر :

فى مذهب الشافعى إذا كان مال المدين يفى بديونه الحالة ، لم يحجر عليه . فلا يحجر بالدين المؤجل ، لأن قيام الأجل يمنع من المطالبة بالدين . فإن كان مال المدين لا يفى بديونه الحالة ، ورفعه الغرماء إلى الحاكم ، حجر عليه . وإن كان ماله يفى بالديون الحالة إلا أنه ظهرت عليه أمارة التفليس بأن زاد خرجه على دخله ، ففيه وجهان : أحدهما لا يحجر عليه لأنه ملىء بالدين ، والثانى

يحجر عليه لأنه إذا لم يحجر عليه أتى الخرج على ماله فذهب ودخل الضرر على الغرماء .

فهناك إذن شرطان لتفليس المدين والحجر عليه : (الشرط الأول) أن تركبه الديون فلا يفى ماله بديونه الحالة . وفى قول يجوز الحجر عليه كذلك حتى لو وفى ماله بديونه الحالة ولكن زاد خرجه على دخله، فظهرت عليه أمارة التفليس . (والشرط الثانى) أن يرفعه الغرماء للحاكم ، فيحكم بتفليسه والحجر عليه . ولو طلب بعض الغرماء الحجر دون بعض ، وكانت ديون الطالبين الحالة تزيد على مال المدين ، حجر عليه ، وعم الحجر فظهر أثره فى حق سائر الغرماء . وإذا لم تزد الديون الحالة لمن طلبوا الحجر على مال المدين ، لم يحجر عليه لأن ديونهم يمكن وفاؤها كاملة . فإن كان الدين لمحجور عليه ولم يسأل وليه الحجر ، كان على الحاكم الحجر من غير سؤال لأنه ناظر لمصلحته ، ومثله مالو كان الدين لمسجد أو لجهة عامة كالفقراء وكالمسلمين فيمن مات وورثوه وله مال على مفلس . ويصح أن يرفع المدين نفسه أمره إلى الحاكم ليحكم بتفليسه . والمستحب أن يشهد الحاكم على الحجر ، ليعلم الناس حال المفلس فلا يعاملوه إلا على بصيرة .

جاء فى المهذب (جزء أول ص ٣٢٠ – ص ٣٢١) : « وإن ركبته الديون ورفعه الغرماء إلى الحاكم وسألوه أن يحجر عليه، نظر الحاكم فى ماله. فإن كان له مال يفى بالديون ، لم يحجر عليه لأنه لاحاجة به إلى الحجر ، بل يأمره بقضاء الدين على ما بيناه . فإن كان ماله لا يفى بالديون حجر عليه، وباع ماله عليه، لما روى عبد الرحمن بن كعب بن مالك قال كان معاذ بن جبل من أفضل شباب قومه ولم يكن يمسك شيئا ، فلم يزل يدان حتى أغرق ماله فى الدين ، فكلم النبى صلى الله عليه وسلم غرماءه ، فلو ترك أحد من أجل أحد لتركوا معاذا من أجل رسول الله صلى الله عليه وسلم . فباع لهم

رسول الله صلى عليه وسلم ماله ، حتى قام معاذ بغير شيء . . وإن كان ماله يفى بالديون إلا أنه ظهرت عليه أمارة التفليس بأن زاد خرجه على دخله ، ففيه وجهان : أحدهما لا يحجر عليه لأنه ملىء بالدين فلا يحجر عليه كما لو لم يظهر فيه أمارة الفلس ، والثانى يحجر عليه لأنه إذا لم يحجر عليه أتى الخرج على ماله فذهب ودخل الضرر على الغرماء . والمستحب أن يشهد على الحجر ليعلم الناس حاله ، فلا يعاملوه إلا على بصيرة » .

وجاء فى نهاية المحتاج للرملى (جزء ٤ ص ٣٠٠ وما بعدها) : « والأصل فيه ما صح أنه صلى الله عليه وسلم حجر على معاذ ، وباع ماله فى دين كان عليه ، وقسمه بين غرمائه فأصابهم خمسة أسباع حقوقهم ، فقال لهم النبى صلى الله عليه وسلم ليس لكم إلا ذلك . ثم بعثه إلى اليمن وقال له لعل الله يجبرك ويؤدى عنك دينك ، فلم يزل باليمن حتى توفى النبى صلى الله عليه وسلم . من عليه ديون لآدمى لازمة حالة زائدة على ماله يحجر عليه . . وشمل ما إذا كان بسؤال الغرماء وما إذا كان بسؤال المفلس . . ولا حجر بالمؤجل ، لأنه لا يطالب به فى الحال . . والحاجر على المفلس الحاكم دون غيره لاحتياجه لنظر واجتهاد . . ولا يحجر عليه بغير طلب من غرمائه أو من يخلفهم ، إذ هو لمصلحتهم وهم ناظرون لأنفسهم . فإن كان الدين لمحجور عليه ولم يسأل وليه ، وجب على الحاكم الحجر من غير سؤال لأنه ناظر لمصلحته . ومثله مالو كانت لمسجد أو لجهة عامة كالفقراء والمسلمين فيمن مات وورثوه وله مال على مفلس والدين مما يحجر به . . فلو طلب بعضهم الحجر ، ودينه قدر يحجر به بأن زاد على ماله ، حجر لتوفر شروط الحجر ، ولا يختص أثر الحجر بالملتمس بل يعمهم ، وإلا بأن لم يزد الدين على ماله فلا حجر لأن دينه يمكن وفاؤه بكماله فلا ضرورة إلى طلب الحجر . . ويحجر بطلب المفلس ولو بوكيله فى الأصح ، لأن له غرضاً ظاهراً وهو صرف ماله إلى ديونه ، وروى أن الحجر على معاذ كان بطلبه . ومقابل الأصح لا يحجر ، لأن الحق

لهم فى ذلك والحجر ينافى الحرية والرشد ، وإنما حجر بطلب الغرماء للضرورة وأنهم لا يتمكنون من تحصيل مقصودهم إلا بالحجر خشية الضياع ، بخلافه فإن غرضه الوفاء وهو متمكن منه ببيع أمواله وقسمتها على غرمائه » .

ما يترتب على الحجر :

فإذا حجر على المدين تعلقت ديون الغرماء بماله ، وترتبت النتائج الآتية : (١) يمنع المدين من التصرف فى ماله . (٢) يباع ماله عليه ويقسم الثمن بين الغرماء بالمحاصة ، ولكن ديونه المؤجلة لا تحل . (٣) يسترد من باع عينا للمدين ولم يقبض ثمنها هذه العين ذاتها .

١ — منع المدين من التصرف فى ماله :

فى مذهب الشافعى يتناول الحجر فى الراجح مال المدين الموجود وقت الحجر وما يتملكه بعد ذلك ، بشراء أو ميراث أو وصية أو هبة أو جناية أو غير ذلك ، دون حاجة إلى حجر جديد . ويترتب على الحجر أن يمنع المدين من التصرف فى هذا المال ، تبرعا أو معاوضة ، بمحاباة أو غير محاباة . وحكم التصرف فيه قولان : أحدهما أن التصرف صحيح موقوف لانه حجر ثبت لحق الغرماء فلم يمنع صحة التصرف فى المال كالحجر على المريض ، فإن وفى مال المدين بالدين بأن زادت قيمة المال أو فتح عليه بما يقضى به الدين نفذ التصرف ، وإن لم يف فسخ . والقول الثانى أن التصرف لا يصح ، وهذا القول هو الصحيح ، لأنه حجر ثبت بالحكم فمنع التصرف فى المال كالحجر على السفيه ، ويخالف حجر المريض لان الورثة لا تتعلق حقوقهم بماله إلا بعد الموت وههنا حقوق الغرماء تعلقت بماله فى الحال فلم يصح تصرفه فيه كالمرهون . وإن اقترض المحجور أو اشترى فى ذمته شيئا صح، لأنه لاضرر على الغرماء فيما يثبت فى ذمته ، إذ أن من أقرضه أو باعه بعد الحجر لا يشارك

الغرماء فى ماله ، لانه إن علم بالحجر فقد دخل على بصيرة وأن ديون الغرماء متعلقة بماله ، وإن لم يعلم فقد فرط حين دخل فى معاملته على غير بصيرة فلزمه الصبر إلى أن يفك عنه الحجر . وإن أقر بدين لزمه قبل الحجر ، لزم الإقرار فى حقه . وفى لزومه فى حق الغرماء قولان : أحدهما لا يلزم لانه متهم إذ ربما واطأ المقر له ليأخذ ما أقر به ويرده عليه، والثانى أنه يلزمهم وهو الصحيح لأنه حق يستند ثبوته إلى ما قبل الحجر فلزم فى حق الغرماء كما لو ثبت بالبينة . وإن جنى المحجور على رجل جناية توجب المال وجب قضاء الارش من المال ، لانه حق لزمه بغير رضا من له الحق فوجب قضاؤه من مال المدين ، وإن جنى عليه جناية توجب المال تعلق حق الغرماء بالارش كما يتعلق بسائر أمواله .

جاء فى المنهاج للنووى (أنظر مغنى المحتاج للشربينى ٢ ص ١٤٧ — ص ١٤٩) : « فإذا حجر تعلق حق الغرماء بماله ، وأشهد على حجره ليحذر . ولو باع أو وهب أو أعتق ، ففى قول يوقف تصرفه فإن فضل ذلك عن الدين نفذ وإلا لغا ، والأظهر بطلانه فلو باع ماله لغرمائه بدينهم بطل فى الأصح. ولو باع سلماً أو أشترى فى الذمة ، فالصحيح صحته ويثبت فى ذمته . . ولو أقر بعين أو دين وجب قبل الحجر ، فالأظهر قبوله فى حق الغرماء . وإن أسند وجوبه إلى ما بعد الحجر بمعاملة أو مطلقاً لم يقبل فى حقهم ، وإن قال عن جناية قبل فى الأصح . . والأصح تعدى الحجر إلى ماحدث بعده بالاصطياد والوصية والشراء إن صححناه » . وجاء فى مغنى المحتاج للشربينى (٢ ص ١٤٨ — ص ١٤٩) تعقيبا على ماتقدم : « وأشهد الحاكم ندباً ، وقيل وجوباً ، على حجره . . ، وأشهد بالنداء عليه ليحذر من معاملته . قال العمرانى : فيأمر منادياً ينادى فى البلد أن الحاكم حجر على فلان بن فلان . ولو تصرف تصرفاً مالياً مفوتاً فى الحياة بالإنشاء مبتدأ ، كأن باع أو اشترى بالعين أو وهب أو أعتق أو أجر أو وقف أو كاتب ، ففى قول يوقف تصرفه المذكور فإن

فضل ذلك عن الدين لارتفاع القيمة أو إبراء الغرماء أو بعضهم نفذ أى بان أنه كان نافذاً . . وإن لم يفضل لغا أى بان أنه كان لاغياً . والأظهر بطلانه فى الحال لتعلق حقهم به كالمرهون ، ولأنه محجور عليه بحكم الحاكم ، فلا يصح تصرفه على مراغمة مقصود الحجر كالسفيه . . . فلو باع ماله كله أو بعضه لغريمه بدينه . . من غير إذن القاضى بطل البيع فى الأصح ، لأن الحجر يثبت على العموم ومن الجائز أن يكون له غريم آخر . والثانى يصح لأن الأصل عدم غيرهم ، وبالقياس على بيع المرهون من المرتهن . . أما بإذن القاضى فيصح . . . وخرج بالتصرف المالى التصرف فى الذمة . . كأن باع سلماً . . أو اشترى شيئاً بثمن فى الذمة . . أو اقترض أو استأجر ، فالصحيح صحته ويثبت المبيع والثمن ونحوهما فى ذمته إذ لا ضرر على الغرماء فيه ، والثانى لا يصح كالسفيه . . . وخرج بقيد الحياة ما يتعلق بما بعد الموت ، وهو التدبير والوصية فيصح . وخرج بقيد الإنشاء الإقرار كما قال ولو أقر بعين أو دين وجب قبل الحجر بمعاملة أو إتلاف أو نحو ذلك ، فالأظهر قبوله فى حق الغرماء كما لو ثبت بالبينة . . والفرق بين الإنشاء والإقرار أن مقصود الحجر منع التصرف فألغى إنشاؤه ، والإقرار إخبار والحجر لا يسلب العبارة عنه . . والثانى لا يقبل إقراره فى حقهم لئلا تضرهم المزاحمة ولأنه ربما واطأ المقر له ، قال الرويانى فى الحلية والاختيار فى زماننا الفتوى به لأنا نرى مفلسين يقرون للظلمة حتى يمنعوا أصحاب الحقوق من مطالبتهم وحبسهم ، وهذا فى زمانه فما بالك بزماننا ... وله أن يرد بالعيب أو إلا قالة ما كان اشتراه قبل الحجر إن كانت الغبطة فى الرد ، وليس كما لو باع بها ، لأن الفسخ ليس تصرفاً مبتدأ فيمتنع منه ، وإنما هو من أحكام البيع الذى لم يشمله الحجر ... والأصح تعدى الحجر إلى ما حدث بعده بالاصطياد والهبة والوصية والشراء فى الذمة إن صححناه أى الشراء ، وهو الراجح لأن مقصود الحجر وصول الحقوق إلى أهلها وذلك لا يختص بالموجود . والثانى لا يتعدى إلى ما ذكر ، كما أن حجر الراهن على نفسه فى العين المرهونة لا يتعدى إلى غيرها » .

٢ — بيع مال المدين وقسمة الثمن بين الغرماء بالمحاصة . عدم حلول الديون المؤجلة :

ويباع مال المحجور لسداد الديون . وعندما يبيع الحاكم ماله يستحب أن يحضر البيع ، لأنه أعرف بثمن ماله . فإن لم يكن من يتطوع بالنداء ، استؤجر من ينادى عليه من سهم المصالح لأن ذلك من المصالح فهو كأجرة الكيال والوزان فى الأسواق ، فإن لم يكن سهم المصالح اكترى من مال المفلس ويقدم على سائر الديون . ويباع كل شيء فى سوقه ، لان أهل السوق أعرف بقيمة المتاع ، ومن يطلب السلعة فى سوقها أكثر . ويبدأ بما يسرع إليه الفساد ، ثم بالحيوان لانه يحتاج إلى علف ويخاف عليه التلف ، ويتأنى بالعقار لانه إذا تؤنى به كثر من يطلبه ولا يتأنى به أكثر من ثلاثة أيام . وإن كان فى المال رهن أو عبد تعلق الارش برقبته ، بيع فى حق المرتهن والمجنى عليه ، لان حقهما يختص بالعين فقدم .

ويقسم مايحصل من مال المفلس بين الغرماء ، يتحاصون فيه . وإذا لم يستوف الغرماء حقوقهم كلها ، وكان المدين يحسن صنعة ، فطلب الغرماء أن يؤجر نفسه ليكسب ، لم يجبر على ذلك لانه إجبار على التكسب فلم يجز كالإجبار على التجارة . وإذا ظهر بعد قسمة المال غريم آخر ، رجع على الغرماء وشاركهم فيما أخذوه على قدر دينه .

والديون المؤجلة التى على المحجور لاتحل بالحجر ، بل تبقى على آجالها ، فى القول الأظهر ، لأن الأجل حق المحجور فلا يفوت عليه . وفى قول آخر تحل الديون المؤجلة ، لأن الحجر يوجب تعلق الدين بالمال فيسقط الاجل كالموت . ولكن أجيب على ذلك بأن الذمة تخرب بالموت فيحل الدين ، ولا تخرب بالحجر فيبقى الاجل . ولا يدخر من مال المحجور شيء للديون

المؤجلة ، فإن حلت كلها أو بعضها قبل القسمة التحق ما حل منها بالديون الحالة وتحاصت معها .

وإن لم يكن للمحجور كسب ، ترك له مايحتاج إليه للنفقة إلى أن يفك الحجر عنه ويرجع إلى الكسب . ويكون الطعام على ماجرت به عادته ، ويترك له مايحتاج إليه من الكسوة من غير إسراف ولا إجحاف ، فإن كان له من تلزمه نفقته من زوجة أو قريب ترك لهم مايحتاجون إليه من النفقة والكسوة بالمعروف . ولا يترك له دار ولا خادم ، لانه يمكنه أن يكترى داراً يسكنها وخادماً يخدمه .

وإذا قسم مال المحجور بين الغرماء ، زال الحجر لأن المعنى الذى لأجله حجر عليه هو حفظ المال على الغرماء ، وقد نفد المال فيزول الحجر ، كالمجنون إذا أفاق . وفى قول آخر لايزول الحجر إلا بحكم الحاكم ، لأنه حجر ثبت بحكم فلا يزول إلا بحكم ، كالحجر على السفيه .

جاء فى شرح زكريا الانصارى على متن البهجة (جزء ٣ ص ١٠٦ — ص ١١٠) : « ويندب البيع . . بحضرة المفلس . . وبحضرة الخصماء ، لان ذلك أنفى للتهمة وأطيب للقلوب ، وليخبر المالك بصفة المتاع وبكم اشتراه فتكثر فيه الرغبة . . ويندب بيع كل شىء فى سوقه ، ويتعين كونه بثمن مثله حالا من نقد بلده . . ولو رأى القاضى المصلحة فى البيع بمثل حقوقهم جاز . . ويبدأ بما يخاف فساده ، ثم بما تعلق به حق كزكاة وجناية ، ثم بالحيوان ، ثم بسائر المنقولات ، ثم بالعقار . ويبدأ فى كل نوع بالأهم فالاهم ، فيقدم فى المنقولات الثياب على النحاس ، وفى العقار البناء على الأرض . قال الأذرعى والظاهر أن الترتيب فى غير مايخاف فساده وغير الحيوان مستحب لا واجب ، وقد تقتضى المصلحة تقديم العقار أو غيره إذا خيف عليه من ظالم ونحوه ، فالأحسن تفويض الامر إلى اجتهاد الحاكم . . وقسم القاضى على الخصماء بنسبة ديونهم الحالة مفردة إليها مجموعة ماقبضه من الأثمان ، فلو كان لزيد

عشرون ولعمرو عشرة وكان ماقبضه خمسة عشر ، صرف إلى زيد عشرة وإلى عمرو خمسة . . والمراد بقسمة ذلك عليهم أن يقسم ماقبضه شيئاً فشيئاً ، إلا أن يعسر لقلته فيؤخر ليجتمع ، فإن أبوا التأخير فنى النهاية إطلاق القول بأنه يجيبهم ، واختاره السبكى ، قال الرافعى والظاهر خلافه ، وسكت عليه النووى ، وبه صرح الماوردى . فلو كان الغريم واحدا ، سلمه إليه أولا فأولا ، وهو ظاهر . . . وخرج بالحال المؤجل ، فلا يدخر لأربابه شيئاً . ومن هنا علم أن المؤجل لايحل بالحجر ، لان مقصود الاجل من التخفيف ليكتسب فى مدته المديون غير فائت ، بخلاف الموت لخراب الذمة به . . . ويقسم القاضى بغير حجة انحصار الغرماء فى الموجودين لاشتهار الحجر ، فلو كان ثم غريم لظهر . ويخالف الميراث ، لان الورثة أضبط من الغرماء ، وهذه شهادة على نفى يعسر مدركها فلا يلزم من اعتبارها فى الاضبط اعتبارها فى غيره . قال النووى ولان الغريم الموجود تيقنا استحقاقه لما يخصه ، وشككنا فى مزاحمه وهو بتقدير وجوده لايخرجه عن استحقاقه له فى الذمة ، ولا يتحتم مزاحمة الغريم فإنه لو أعرض أو أبرأ أخذ الآخر الكل ، والوارث بخلافه فى جميع ذلك . وعاد القاضى بالحصة على الغرماء الموجودين . . ليقضى الدين الذى ظهر على المديون من بعد القسمة من غير نقض لها . . . فلو قسم ماله وهو خمسة عشر على غريمين لاحدهما عشرون ولآخر عشرة ، فأخذ الاول عشرة والآخر خمسة ، ثم ظهر غريم له ثلاثون ، عاد على كل منهما بنصف ما أخذه ، فلو أتلف أحدهما ما أخذه وكان معسراً ، كان ما أخذه الآخر كأنه كل المال . فلو كان المتلف أخذ الخمسة ، استرد القاضى من آخذ العشرة ثلاثة أخماسها لمن ظهر . ثم إذا أيسر المتلف ، أخذ منه الآخران نصف ما أخذه وقسماه بينهما بنسبة دينيهما . . . وينفق القاضى . . على المفلس وعلى ممونه من ماله . . وممونه من تلزمه مؤونته من عرسه أى زوجته . المتقدمة على الحجر دون المتجددة بعده ، والفرع له وإن سفل وتجدد ، وفارق تجدد الزوجة بأنه لا اختيار له فيه بخلافها . . ويفارق إقراره بالنسب تجديده الزوجة بأن الإقرار بالنسب واجب بخلاف

التزويج ، والأصل له وان علا ، وكذا مماليكه الذين يلزمه مؤونتهم كأم ولده . . وكسوا أيضاً . . بالمعروف . لا ان كان المفلس ذا كسب لائق به يفى بنفقتهم وكسوتهم واكتسب ، فلا ينفق عليهم ولا يكسوهم من ماله بل من كسبه ، فإن فضل منه شيء رد الى المال أو نقص كمل من المال . . . ولا يترك له مركوبه وان كان ذا مروءة ولا مسكنه ولا خادمه وان احتاج اليهما . . . ويؤجر وجوبا الوقف وأم الولد . . . لا هو ، أى المفلس ، أى لا يجب أن يؤجر اذ لاحق للغرماء فى نفسه، وعلم منه أنه لا يجب أن يكتسب لبقية الدين لقوله تعالى وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة ، أمر بإنظاره ولم يأمر باكتسابه . وقاعدة الباب أنه لا يؤمر بتحصيل ماليس بحاصل فله العفو عن القود مجاناً ، وإنما يمنع من تفويت الحاصل كالعفو عن جناية موجبة للمال . . وينفك الحجر عنه بعد قسمة ماله، بقاض أى يفكه عنه ، لا بنفسه، لأنه لايثبت إلا بإثباته فلا يرتفع إلا برفعه كحجر السفيه ، لانه يحتاج إلى نظر واجتهاد ، ولا باتفاق الغرماء على رفعه لاحتمال غريم آخر ، فاعتبر نظر القاضى . . . وصحح البلقينى . . أنه ينفك بنفسه وصوبه ، قال ويوافقه قول الشافعى فى الأم وليس بمحجور عليه بعد الحجر الأول وبيع المال لأنه لم يحجر عليه لسفه ، وإنما يحجر عليه فى وقت لبيع ماله ، فإذا مضى فهو على غير الحجر » .

٣ — استرداد من باع عينا من المدين ولم يقبض ثمنها لهذه العين ذاتها :

ويسترد من له عين عند المدين العين ذاتها ، كأن يكون فى الغرماء من باع من المدين شيئاً قبل الإفلاس ولم يأخذ ثمنه ، ووجد عين ماله على صفته، ولم يتعلق به حق غيره . فهو بالخيار بين أن يترك ويضرب مع الغرماء بالثمن، وبين أن يفسخ البيع ويرجع فى عين ماله . وإن وجد البائع عين ماله وهو

رهن لم يرجع به ، لأن حق المرتهن سابق لحقه ، فإن أمكن أن يقضى حق المرتهن ببيع بعضه بيع منه بقدر حقه ويرجع البائع بالباقى لأن المنع كان لحق المرتهن وقد زال . وإن وجد عين ماله ودينه مؤجل وديون الغرماء حالة، بيع المبيع فى الديون الحالة لأنها تقدم على المؤجل . وهناك قول بأن المبيع فى هذه الحالة لا يباع بل يوقف إلى أن يحل الدين ، فيختار البائع الفسخ أو الترك ، لأن بالحجر تتعلق الديون بماله فصار المبيع كالمرهون فى حقه بدين مؤجل ، فلا يباع فى الديون الحالة[1] .

جاء فى الوجيز للغزالى (جزء أول ص ١٧٢ — ص ١٧٤) : « الحكم الرابع الرجوع إلى عين المبيع لقوله عليه السلام أيما رجل مات أو أفلس ، فصاحب المتاع أحق بمتاعه إذا وجده بعينه . ويتعلق الرجوع بثلاثة أركان : العوض والمعوض والمعاوضة . أما العوض وهو الثمن فله شرطان : الأول أن يتعذر إستيفاؤه بالإفلاس ، فلو وفى المال به فلا رجوع . وإن قدمه الغرماء فله الرجوع ، لأن فيه منة وغرر ظهور غريم آخر . . الثانى الحلول ، ولا رجوع إلا إذا كان الثمن حالا ، ولا يحل الأجل بالفلس على الأصح . وأما المعاوضة فلها شرطان : الأول أن يكون معاوضة محضة ، فلا يثبت الفسخ فى النكاح والخلع والصلح بتعذر استيفاء العوض . ويثبت فى الإجارة والسلم . . الشرط الثانى للمعاوضة أن تكون سابقة على الحجر ، احترزنا به عما يجرى سبب لزومه بعد الحجر كما إذا باع من المفلس المحجور . . أما المعوض فله شرطان ! الأول أن يكون باقيا فى ملكه ، فلو هلك فليس له

---

(١) « واذا كان المبيع شيئا تثبت فيه الشفعة ، ففيه ثلاثة أوجه : أحدها أن الشفيع أحق، لان حقه سابق فانه يثبت بالعقد وحق البائع ثبت بالحجر فقدم حق الشفيع . والثانى أن البائع أحق ، لانه اذا اخذ الشفيع الشقص زال العذر عنه وحده واذا اخذه البائع زال الضرر عنهما لان البائع يرجع الى عين ماله والشفيع يتخلص من ضرر المشترى فيزول الضرر عنهما . والثالث انه يدفع الشقص الى الشفيع ويؤخذ منه ثمنه ويدفع الى البائع ، لان فى ذلك جمعا بين الحقين واذا أمكن الجمع بين الحقين لم يجز اسقاط احدهما » (المهذب جزء أول ص٣٢٢)

إلا المضاربة بالثمن . وكذا لو زادت القيمة على الثمن ، والخروج عن ملكه كالهلاك ، وتعلق حق الرهن والكتابة كزوال الملك . ولو عاد إلى ملكه بعد الزوال ، رجع إليه فى أظهر القولين : الثانى ألا يكون متغيراً ، فإن تغير بطريان عيب فليس له إلا أن يقنع أو يضارب بالثمن . . . أما التغير بالزيادة فالمتصلة من كل وجه لا حكم لها بل تسلم للبائع مجاناً ، والمنفصلة من كل وجه كالولد لا يرجع فيه ولكن إن كان صغيراً فعليه أن يبذل قيمة الولد حذراً من التفريق » .

وجاء فى المهذب (جزء أول ص ٣٢١ — ص ٣٢٣) : « وإن كان فى الغرماء من باع منه شيئاً قبل الإفلاس ولم يأخذ من ثمنه شيئاً ولم يتعلق به حق غيره ، فهو بالخيار بين أن يترك ويضرب مع الغرماء بالثمن وبين أن يفسخ البيع ويرجع فى عين ماله ، لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال من باع سلعة ثم افلس صاحبها فوجدها بعينها ، فهو أحق بها من الغرماء . وهل يفتقر الفسخ إلى إذن الحاكم ؟ فيه وجهان : قال أبو أسحق لا يفسخ إلا بإذن الحاكم ، لأنه مختلف فيه فلم يصح بغير الحاكم كفسخ النكاح بالإعسار بالنفقة . وقال أبو القاسم الداركى لا يفتقر إلى الحاكم ، لأنه فسخ ثبت بنص السنة فلم يفتقر إلى الحاكم كفسخ النكاح بالعتق تحت العبد . . . وهل يكون الفسخ على الفور أو على التراخى ؟ فيه وجهان : أحدهما أنه على التراخى ، لأنه خيار لا يسقط إلى بدل فكان على التراخى كخيار الرجوع فى الهبة . والثانى أنه على الفور ، لأنه خيار ثبت لنقص فى العوض فكان على الفور كخيار الرد بالعيب . . . وإن قال الغرماء نحن نعطيك الثمن ولا تفسخ ، لم يسقط حقه من الفسخ ، لأنه ثبت له حق الفسخ فلم يسقط ببذل العوض كالمشترى إذا وجد بالسلعة عيباً وبذل له البائع الأرش . وإن كان قد باعه بعد الإفلاس ففيه وجهان : أحدهما أن له أن يفسخ لأنه باعه قبل وقت الفسخ فلم يسقط حقه من الفسخ كما لو تزوجت امرأة بفقير ثم أعسر ، والثانى أنه ليس له أن يفسخ لأنه باعه مع العلم بخراب ذمته فسقط خياره كما

لو اشترى سلعة مع العلم بعيبها . وإن وجد المبيع وقد قبض من الثمن بعضه ، رجع بحصة مابقى من الثمن .. وإن وجد البائع عين ماله وهو رهن، لم يرجع به ، لأن حق المرتهن سابق لحقه فلم يملك إسقاطه بحقه . فإن أمكن أن يقضى حق المرتهن ببيع بعضه، بيع منه بقدر حقه، ويرجع البائع بالباقى ، لأن المنع كان لحق المرتهن وقد زال . . . وإن وجد عين ماله ودينه مؤجل ، وقلنا إن الدين المؤجل لايحل ، وديون الغرماء حالة ، فالمنصوص أنه يباع المبيع فى الديون الحالة لأنها حقوق حالة ، فقدمت على الدين المؤجل . ومن أصحابنا من قال لايباع بل يوقف إلى أن يحل ، فيختار البائع الفسخ أو الترك ، وإليه أشار فى الإملاء ، لأن بالحجر تتعلق الديون بماله ، فصار المبيع كالمرهون فى حقه بدين مؤجل ، فلا يباع فى الديون الحالة . وإن وجد المبيع وقد باعه المشترى ورجع إليه ، ففيه وجهان : أحدهما أن له أن يرجع فيه لأنه وجد عين ماله خالياً من حق غيره فأشبه إذا لم يبعه ، والثانى لايرجع لأن هذا الملك لم ينتقل إليه منه فلم يملك فسخه » .

المذهب الحنبلى :

كيف يتم الحجر :

فى المذهب الحنبلى متى لزم الانسان ديون حالة لا يفى ماله بها ، فسأل غرماؤه الحاكم الحجر عليه ، لزمته إجابتهم إلى طلبهم وحجر عليه .

ونرى من ذلك أن هناك شرطين يجب توافرهما حتى يحكم الحاكم بالحجر على المدين . (أولا) أن تكون الديون الحالة أكثر من مال المدين . فلا يحجر فى الدين المؤجل أيا كان مقداره ، لأنه لاتستحق به المطالبة . ولا يحجر فى الدين الحال إذا كان مال المدين يفى به . وإذا كان بعض الديون مؤجلا وبعضها حالا ، وكان مال المدين يفى بالحال ، لم يحجر عليه أيضاً .

(ثانياً) أن يسأل غرماء المدين الحاكم الحجر عليه . فلا يجوز الحجر على المدين بغير سؤال غرمائه . وإن اختلف الغرماء فطلب بعضهم الحجر على المدين ولم يطلبه بعض آخر ، أجيب من طلب لأنه حق له .

ومتى توافر الشرطان سالفا الذكر ، لزم الحاكم إجابة الغرماء إلى طلبهم ، وحجر على المدين . ويستحب أن يظهر الحاكم الحجر ، حتى يتجنب الناس معاملة المحجور .

جاء فى المغنى (جزء ٤ ص ٤٨٨ — ص ٤٨٩) : « إذا رفع إلى الحاكم رجل عليه دين ، فسأل غرماؤه الحاكم الحجر عليه ، لم يجبهم حتى تثبت ديونهم باعترافه أو ببينة . فإذا ثبتت ، نظر فى ماله . فإن كان وافياً بدينه ، لم يحجر عليه وأمره بقضاء دينه ، فإن أبى حبسه ، فإن لم يقضه وصبر على الحبس قضى الحاكم دينه من ماله وإن احتاج إلى بيع ماله فى قضاء دينه باعه . وإن كان ماله دون دينه وديونه مؤجلة ، لم يحجر عليه ، لأنه لا تستحق مطالبته بها فلا يحجر عليه من أجلها . وإن كان بعضها مؤجلا وبعضها حالا وماله يفى بالحال ، لم يحجر عليه أيضاً كذلك . وقال بعض أصحاب الشافعى إن ظهرت أمارات الفلس لكون ماله بإزاء دينه ولا نفقة له إلا من ماله ففيه وجهان : أحدهما يحجر عليه لأن الظاهر أن ماله يعجز عن ديونه ، فهو كما لو كان ماله ناقصا . ولنا أن ماله واف بما يلزمه أداؤه فلم يحجر عليه كما لو لم تظهر أمارات الفلس ، ولأن الغرماء لا يمكنهم طلب حقوقهم فى الحال فلا حاجة إلى الحجر . وأما إن كانت ديونه حالة يعجز ماله عن أدائها ، فسأل غرماؤه الحجر عليه ، لزمته إجابتهم . ولا يجوز الحجر عليه بغير سؤال غرمائه ، لأنه لا ولاية له فى ذلك ، وإنما يفعله لحق الغرماء فاعتبر رضاهم به . وإن اختلفوا فطلب بعضهم دون بعض ، أجيب من طلب لأنه حق له . وبهذا قال مالك والشافعى . وقال أبو حنيفة ليس للحاكم الحجر عليه ، فإذا أدى اجتهاده إلى الحجر عليه ثبت لأنه فصل مجتهد فيه . وليس له التصرف فى ماله لأنه لا ولاية عليه

إلا أن الحاكم يجبره على البيع إذا لم يمكن الإيفاء بدونه ، فإن امتنع لم يبعه . وكذلك إن امتنع الموسر من وفاء الدين لا يبيع ماله ، وإنما يحبسه ليبيع بنفسه ، إلا أن يكون عليه أحد النقدين وماله من النقد الآخر فيدفع الدراهم عن الدنانير والدنانير عن الدراهم ، لأنه رشيد لا ولاية عليه ، فلم يجز للحاكم بيع ماله بغير إذنه كالذى لا دين عليه . وخالفه صاحباه فى ذلك» .

وجاء فى الشرح الكبير على متن المقنع (جزء ٤ ص ٤٦٣) : «ويستحب إظهار الحجر عليه والإشهاد عليه ، لتتجنب معاملته لئلا يستضر الناس بضياع أموالهم . ويشهد عليه لينتشر ذلك ، وربما عزل الحاكم أو مات فيثبت الحجر عند الآخر فلا يحتاج إلى ابتداء حجر ثان» .

ما يترتب على الحجر :

ويترتب على الحجر أمور ثلاثة : (١) منع المدين من التصرف فى ماله (٢) بيع ماله عليه وقسمة ثمنه بين الغرماء ، ولا تحل الديون المؤجلة . (٣) استرداد من باع عيناً للمدين ولم يقبض ثمنها للعين ذاتها .

١ — منع المدين من التصرف فى ماله

يمنع المدين من التصرف فى ماله ، الموجود وقت الحجر ، وما سيوجد بعده دون حاجة إلى حجر جديد . فإن تصرف ببيع أو هبة أو وقف أو أصدق امرأة مالا أو نحو ذلك ، ولو كان تصرفه بغير محاباة ، لم يصح ذلك وكان التصرف باطلا . وأما إن تصرف المفلس فى ذمته ، فاشترى أو اقترض أو تكفل ، صح تصرفه ، لأنه أهل للتصرف وإنما وجد فى حقه الحجر ، والحجر إنما يتعلق بماله لا بذمته . ولكن لا يشارك أصحاب هذه الديون الغرماء ، لأنهم رضوا بذلك إذ علموا أنه مفلس وعاملوه ، ومن لم يعلم فقد فرط فى ذلك فإن هذا فى مظنة الشهرة ، ويتبع بها بعد فك الحجر عنه . وإن أقر بدين ، لزمه بعد فك الحجر عنه . ولو كان

صانعا ، كالقصار والحائك ،فى يديه متاع فأقربه لأربابه ، لم يقبل إقراره ، وتباع العين التى فى يديه وتقسم بين الغرماء ، وتكون قيمتها واجبة على المفلس إذا قدر عليها ، لأنها صرفت فى دينه بسبب من جهته ، فكانت قيمتها عليه كما لو أذن فى ذلك . وإن توجهت على المفلس يمين فنكل عنها فقضى عليه ، فحكمه حكم إقراره ، يلزم فى حقه ولا يحاص الغرماء ، ولو جنى المفلس بعد الحجر جنايه أوجبت مالا ، شارك المجنى عليه الغرماء ، لأن حق المجنى عليه ثبت بغير اختياره . ولو كانت الجناية موجبة للقصاص فعفا صاحبها عنها إلى مال أو صالحه المفلس على مال ، شارك الغرماء لأن سببه ثبت بغير اختيار صاحبه .

جاء فى الشرح الكبير على متن المقنع (جزء ٤ ص ٤٦٣ ومابعدها) :
« متى حجر على المفلس لم ينفذ تصرفه فى شىء من ماله ، فإن تصرف فيه ببيع أو هبة أو وقف أو إصداق امرأة مالا له أو نحو ذلك ، لم يصح . وبه قال مالك والشافعى فى قول ، وقال فى آخر يقف تصرفه فإن كان فيما بقى من ماله وفاء الغرماء وإلا بطل . ولنا أن حقوق الغرماء تعلقت بأعيان ماله فلم يصح تصرفه فيها كالعين المرهونة ، ولأنه محجور عليه بحكم حاكم فأشبه السفيه . وإن أقر بدين لم يقبل فى الحال ، ويتبع به بعد فك الحجر عنه ، نص عليه، وهو قول مالك ومحمد بن الحسن والثورى والشافعى فى قول ، وقال فى الآخر يشاركهم اختاره ابن المنذر لأنه دين ثابت مضاف إلى ما قبل الحجر فشارك صاحبه الغرماء كما لو ثبت ببينة . ولنا أنه محجور عليه فلم يصح إقراره فيما حجر عليه فيه كالسفيه ، ولأنه إقرار يبطل ثبوته فى حق غير المقر فلم يقبل ، أو إقرار على الغرماء فلم يقبل كإقرار الراهن ، ولأنه متهم فى إقراره ، وفارق البينة لأنه لا تهمة فى حقها . فإن كان المفلس صانعا ، كالقصار والحائك ، فى يده متاع ، فأقر به لأربابه ، لم يقبل ، والقول فيها كالتى قبلها . وتباع العين التى فى يده وتقسم بين الغرماء ، وتكون قيمتها واجبة على المفلس إذا قدر

عليها ، لأنها انصرفت فى وفاء دينه بسبب من جهته . فكانت قيمتها عليه كما لو أذن فى ذلك . وإن توجهت على المفلس يمين ، فنكل عنها فقضى عليه ، فحكمه حكم إقراره يلزم فى حقه دون الغرماء . » .

٢ — بيع مال المدين وقسمة الثمن بين الغرماء بالمحاصة — عدم حلول الديون المؤجلة :

ويبيع الحاكم مال المفلس حتى يفى الغرماء(١) . ويستحب أن يحضر المفلس البيع لمعان أربعة : أحدها ليحصى ثمنه ويضبطه ، والثانى أنه أعرف بثمن متاعه وجيده ورديئه ، والثالث أن تكثر الرغبة فيه فإن شراءه من صاحبه أحب إلى المشترى ، والرابع أن ذلك أطيب لنفسه وأسكن لقلبه . ويستحب إحضار الغرماء أيضا لأمور أربعة : أحدها أنه يباع لهم ، والثانى أنهم ربما رغبوا فى شراء شىء منه فزادوا فى ثمنه فيكون أصلح لهم وللمفلس ، والثالث أنه أطيب لقلوبهم وأبعد عن التهمة ، والرابع أنه ربما كان فيهم من يجد عين ماله فيأخذها . ويقام مناد ينادى على المتاع ، وتدفع أجرته من مال المفلس لأن البيع حق عليه ، وقيل يدفع من بيت المال لأنه من المصالح . ويستحب بيع كل شىء فى سوقه ، ويبيع الأمين المال بنقد البلد لأنه أوفر ، وإن زاد فى السلعة زائد فى مدة الخيار لزمه الفسخ . ويبدأ بيع العبد الجانى ، فيدفع إلى المجنى عليه أقل القيمتين من ثمنه أو أرش جنايته ، وما فضل منه رده إلى الغرماء . ثم يبيع الرهن ، فيدفع إلى المرتهن قدر دينه ، وما فضل من ثمنه رده إلى الغرماء ، وإن بقيت من دينه بقية ضرب بها مع الغرماء . ثم يبيع مايسرع إليه الفساد . ثم يبيع الحيوان ، لأنه معرض للإتلاف ويحتاج إلى مؤونة . ثم يبيع السلع والأثاث ، لأنه يخاف عليه

---

(١) أنظر المغنى جزء ٤ ص ٤٩٤ — ص ٥٠١ وص ٤٨٥ .

وتناله الأيدى . ثم العقار أخيراً ، لأنه لا يخاف تلفه وبقاؤه أشهر له وأكثر لطلابه .

ومتى باع شيئا من ماله وكان الدين لواحد ، دفعه إليه لأنه لا حاجة إلى تأخيره . وإن كان له غرماء ، فأمكنت قسمته عليهم ، قسم ولم يؤخر . وإن لم تمكن قسمته ، أودع عند ثقة إلى أن يجتمع وتمكن قسمته ، فيقسم . وإن كانت الديون من جنس الأثمان ، أخذها الغرماء متحاصين فيها . وإن كان فيهم من دينه من غير جنس الأثمان ، فرضى أن يأخذ عوض حقه من الأثمان ، جاز . وإن امتنع وطلب جنس حقه ، ابتيع له بحصته من جنس دينه . وإذا فرق مال المفلس وبقيت عليه بقية وله صنعة ، ففى إجباره على إيجار نفسه روايتان ، إحداهما لا يجبر على التكسب والثانية يجبر . ولا يجبر على قبول هدية ولا صدقة ولا وصية ولا قرض . وإذا انتهت قسمة مال المفلس بين غرمائه ثم ظهر غريم آخر ، رجع على كل من الغرماء بقسطه .

وإذا كان على المفلس دين مؤجل ، لم يحل بالتفليس ، وهو المذهب المشهور الأصح . ذلك أن الأجل حق للمفلس فلا يسقط بفلسه كسائر حقوقه ، ولأن التفليس لا يوجب حلول ماله فلا يوجب حلول ما عليه ، ولأنه دين مؤجل على حى فلم يحل قبل أجله . وإذا سلم أن الدين يحل بالموت ، فالفرق بينهما أن ذمة المدين خربت بالموت بخلاف التفليس . فلا يشارك أصحاب الديون المؤجلة غرماء الديون الحالة ، بل يقسم المال الموجود بين أصحاب الديون الحالة ، ويبقى المؤجل فى الذمة إلى وقت حلوله . فإن لم يقتسم الغرماء حتى حل الدين ، شارك صاحب الدين المؤجل الذى حل أجله سائر الغرماء ، كما لو تجدد على المفلس دين بجنايته . وإن أدرك بعض المال قبل قسمه شاركهم فيه ، ويضرب فيــه بجميع دينه ويضرب سائر الغرماء ببقية ديونهم .

وينفق على المفلس وعلى من تلزمه نفقته بالمعروف من ماله إلى أن يفرغ

من قسمته بين غرمائه ، إلا إذا كان ذا كسب يفى بالنفقة . وإن مات المفلس، كفن من ماله . ولا تباع داره التى لاغنى له عن سكناها ، كما لا يباع ما يلزمه من الثياب والأثاث .

وإذا فرق مال المفلس ، كان فى فك الحجر عنه وجهان . أحدهما يزول الحجر بقسمة ماله ، لأنه حجر عليه لأجله ، فإذا زال ملكه عنه زال سبب الحجر ، فزال الحجر ، كزوال حجر المجنون لزوال جنونه . والثانى لا يزول إلا بحكم الحاكم ، لأنه ثبت بحكمه فلا يزول إلا بحكمه ، كالمحجور عليه لسفه . وفارق المجنون ، فإنه يثبت بنفسه فزال بزواله ، ولأن فراغ ماله يحتاج إلى معرفة وبحث فوقف ذلك على الحاكم ، بخلاف المجنون . وإذا أعيد الحجر عليه لديون تجددت، شارك غرماء الحجر الأول غرماء الحجر الثانى، إلا أن الأولين يضربون ببقية ديونهم والآخرين يضربون بجميعها .

جاء فى الفروع لأبى عبد الله بن محمد بن مفلح (جزء ٢ ص ٦٥٩ — ص ٦٦٢) : « يلزم الحاكم قسمة ماله على الغرماء إذا كان من جنس الدين ، وإلا باعه على الفور لأن ذمته لم تخرب بخلاف الميت ، بلا إذنه . ولا تباع إلا بثمن مثله المستقر فى وقته أو أكثر ، ذكره شيخنا وغيره . ويستحب إحضاره وغرمائه ، وبيع كل شىء فى سوقه . ويبيع أولا أقله بقاء وأكثره كلفة . ونفقته أدنى نفقة مثله وكسوته وعياله من ماله حتى يقسم ، وذكر الشيخ إن لم يكن ذا كسب . ويترك له مالا بذمته كمسكن لاسعة فيه وخادم ليسا نفيسين . . وفرس يحتاج ركوبها . . ودابة يحتاجها . ونقل عبد الله يباع الكل إلا المسكن ومايوازيه من ثياب وخادما يحتاجه . وأجرة المنادى ونحوه ، ولا متبرع ، من الثمن، وقيل من بيت المال . . ويقدم المرتهن برهن لازم . . ويشارك المرتهن بالفضل . . ويقسم الباقى بقدر ديون غرمائه ، ولا يلزمهم بيان ألا غريم سواهم ، ويلزم الورثة بينة تشهد : لانعلم له وارثا سواهم . . لئلا يأخذ أحدهم مالا حق له فيه . ثم إن ظهر غريم لم ينقض ،

ويرجع على كل واحد بقدر حصته .. فلو كان له ألف اقتسمها غريماه نصفين
ثم ظهر ثالث دينه كدين أحدهما ، رجع على كل واحد بثلث ماقبضه .
وإن كان أحدهما قد أتلف ماقبضه ، فظاهر المذهب أن الثالث يأخذ من الآخر
ثلث ماقبضه من غير زيادة . . ولا يحل دين تفليس . . فيختص به الحال ،
وعنه يحل فيشارك به . . ويلزم إجبار محترف على الكسب فيما يليق بمثله
لبقية دينه كوقف وأم ولد . . وعنه لايجوز كقبول هبة وصدقة ووصية » .

وجاء فى الإنصاف للمرداوى (جزء ٥ ص٣٠٦ — ص٣٠٧) : فإن كان
فيهم من له دين مؤجل لم يحل : هذا إحدى الروايات ، وهو المذهب . قال
الزركشى هذا المذهب المشهور . قال ابن منجا فى شرحه هذا المذهب ، وهو
أصح . قال القاضى لايحل الدين بالفلس رواية واحدة . قال فى التلخيص
لايحل الثمن المؤجل بالفلس على الأصح . قال فى الخلاصة وإن كان له دين
مؤجل لم يشارك على الأصح . وقدمه المستوعب والكافى والمغنى والشرح
والرعايتين والحاويين والفروع والفائق وغيرهم . وجزم به فى العمدة وغيره .
وعنه يحل ، ذكرها أبو الخطاب . قال ابن رزين وليس بشىء . وأطلقهما
فى الهداية والمذهب . وعنه لايحل إذا وثق برهن أو كفيل ملىء ، وإلا حل :
نقلها ابن منصور . فمتى قلنا يحل ، فهو كبقية الديون الحالة . ومتى قلنا لايحل ،
لم يوقف لربه شىء ، ولا يرجع على الغرماء به إذا حل . لكن إن حل قبل
القسمة شارك الغرماء ، وإن حل بعد قسمة البعض شاركهم أيضا وضرب
بجميع دينه وباقى الغرماء ببقية ديونهم ، قاله الزركشى وغيره من الأصحاب .
وجاء فى مكان آخر (ص ٣١٧) : وإن بقى على المفلس بقية وله صنعة ، فهل
يجبر على إيجار نفسه لقضائها ؟ على روايتين . إحداهما يجبر ، وهو الصحيح
من المذهب . . والرواية الثانية لايجبر . . كما لايجبر على قبول الهدية والصدقة
والقرض والهبة والوصية والخلع والتزويج .. الصحيح من المذهب أنه يجبر على
إيجار موقوف عليه وإيجار أم ولده إذا استغنى عنها . قال فى الفروع ويجبر

على إجبار ذلك فى الأصح ، وجزم به فى المغنى والشرح والقواعد فى أم الولد. وقيل لا يجبر ، وأطلقهما فى الرعاية الكبرى » .

٣ — استرداد من باع عينا من المدين ولم يقبض ثمنها لهذه العين ذاتها :

وإن وجد أحد الغرماء عين ماله عند المفلس استرده ، فهو أحق به من سائر الغرماء . فإذا باع أحد سلعة ولم يقبض ثمنها ، ثم أفلس المشترى ، فإن البائع بالخيار ، إن شاء رجع فى السلعه وفسخ البيع فاستردها بعينها ، وإن شاء لم يرجع وكان أسوة الغرماء ، وسواء كانت السلعة مساوية لثمنها أو أقل أو أكثر ، لأن الإعسار سبب جواز الفسخ فلا يوجبه كالعيب والخيار . ولا يفتقر الفسخ إلى حكم حاكم لأنه فسخ ثبت بالنص ، فلم يفتقر إلى حكم حاكم كفسخ النكاح لعتق الأمة . فإن بذل الغرماء الثمن لصاحب السلعة ليتركها ، لم يلزمه القبول لاحتمال ظهور غريم آخر . وإن دفع الغرماء إلى المفلس الثمن فبذله للبائع ، لم يكن له الفسخ ، وفى هذه الحالة إذا ظهر غريم آخر لا يشارك البائع فى الثمن .

جاء فى الإنصاف للمرداوى (جزء ٥ ص ٢٨٦ — ص٢٨٧) « إن من وجد عنده عيناً باعها إياه ، فهو أحق بها ، بشرط أن يكون المفلس حياً ، ولم ينقد من ثمنها شيئاً ، والسلعة بحالها لم يتلف بعضها ولم تتغير صفتها بما يزيل اسمها كنسج الغزل وخبز الدقيق ، ولم يتعلق بها حق من شفعة (١) أو

(جاء فى المغنى « جزء ٤ ص ٤٨٢ » : « وان كان المبيع شقصا مشفوعا فيه ، ففيه ثلاثة أوجه : أحدها البائع أحق به .. لانه اذا رجع فيه تاد الشقص اليه فزال الضرر عن الشفيع ، لانه عاد كما كان قبل البيع ولم تتحدد لشركةغيره . والثانى انالشفيعاحق .. لانحقهاسبق فكان أولى ، بيانه أن حق البائع ثبت بالحجر وحق الشفيع ثبت بالبيع .. والوجه الثالث أن الشفيع ان كان طالب بالشفعة فهو أحق لان حقه تأكد هنا بالمطالبة ، وان كان لم يطالب بها فالبائع أولى . ولاصحاب الشافعى وجهان كالاولين ، ولهم وجه ثالث أن الثمن يؤخذ من

ـــــ

جناية أو رهن ونحوه ، ولم تزد زيادة متصلة كالسمن وتعلم صنعة. ذكر المصنف شروطاً منها أن يكون المفلس حياً ، فلو مات كان صاحبها أسوة الغرماء .. وقال فى التلخيص من الشروط أن يكون البائع حياً ، إذ لا رجوع للورثة.. ومنها ألا يكون نقد من ثمنها شيئاً ، فإن كان نقد منه شيئاً كان أسوة الغرماء ، لا أعلم فيه خلافاً . ومنها أن تكون السلعة بحالها لم يتلف بعضها ، وكذا لم يزل ملكه عن بعضها ببيع أو هبة أو وقف أو غير ذلك .(١)

=

الشفيع فيختص به البائع جمعا بين الحقين ، فان غرض الشفيع فى عين الشقص المشفوع ، وغرض البائع فى ثمنه ، فيحصل ذلك بما ذكرنا . وليس هذا جيدا ، لان حق البائع انما ثبت فى العين ، فاذا صار الامر الى وجوب الثمن تعلق بذمته فساوى الغرماء فيه » .

(٢) وفى المذاهب الاربعة يحبس المدين فى الدين ولو لم يكن مفلسا ، اذا ظن أن له مالا . وهذا غير الحجر للافلاس ، فقد يحبس المدين ولا يحجر عليه ، وقد يحجر عليه ولا يحبس ، وقد يحجر عليه ويحبس . وانما الحبس طريق من طرق التنفيذ ، لاجبار المدين ولو كان غير مفلس على اظهار المال اذا كان قد اخفاه ، وعند أبى حنيفة حتى يبيع المدين ماله بنفسه ولايباع عليه . وننقل هنا بعض النصوص ، كل من المذاهب الاربعة ، فى هذا الصدد :

جاء فى البحر الرائق « جزء ٨ ص ٨٣ و ٨٤ » : « وحبس ليبيع ماله فى دينه ، لان قضاء الدين واجب عليه والمماطلة ظلم ، فيحبسه الحاكم دفعا لظلمه وايصالا للحق الى مستحقه . ولايكون ذلك اكراها على البيع ، لان المقصود من الحبس الحمل على قضاء الدين بأى طريق كان عند ابى حنيفة .. يحبس حتى يظهر له مال ، فان لم يظهر له مال أخرجه من الحبس » .

وجاء فى الخرشى « جزء ٥ ص ٢٧٦ » : « المديان ، سواء كان مفلسا أم لا ، أحاط الدين بما له أم لا ، يحبس الى أن يثبت عسره ، كان ذكرا أو أنثى ، حرا أو مأذونا له فى التجارة . هذا ان جهل حاله ، اى لم يعلم هل هو مليء او معدم ، لان الناس محمولون على الملاء . وهذا مماقدم فيه الغالب على الاصل ، لان الاصل فى الانسان أن يولد فقيرا لاملك له ، والغالب من شأنه التكسب ، فحمل على الغالب فى هذا . أما من علم ملاؤه فيؤمر بدفع الحق الان ، ومعلوم العدم يجب انظاره . ومحل حبس مجهول الحال مالم يسأل التأخير بحميل بوجهه الى غاية اثبات عسره . فان سأل الصبر بحميل بوجهه وأولى بالمال الى أن يثبت عسره ، فانه لايحبس، لان الغريم لم يثبت ملاؤه ولا انه غيب مالا ، وانما سجن ليتبين أمره ، فاذا أعطى حميلا الى مدة الاستكشاف توصل به الى ذلك كما يتوصل بالسجن » .

وجاء فى الحطاب (جزء ٥ ص ٣٢) : « قال فى كتاب التفليس من المقدمات وقد كان الحكم من النبى صلى الله عليه وسلم فى أول الاسلام بيع المديان فيما عليه من الدين ، على ما كان عليه من الاقتداء بشرع من قبله فيما لم ينزل عليه فيه شيء ، وذكر قصصا فى ذلك . ثم قال نسخ الله ذلك من حكم رسوله بقوله وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة » . =

مقارنة فيما بين المذاهب الاربعة فى الحجر على المدين المفلس :

بعد أن بسطنا المذاهب الأربعة فى الحجر على المدين المفلس ، نعقد فى إيجاز مقارنة فيما بين هذه المذاهب ، مقتصرين على الخطوط الرئيسية لنظام التفليس فى الفقه الإسلامى . ونجرى المقارنة فى المسألتين الرئيسيتين اللتين ينطوى عليهما هذا النظام : (١) كيف يتم الحجر (٢) ومايترتب على الحجر .

كيف يتم الحجر :

تتفق المذاهب جميعاً على أن الحجر يكون على مدين ديونه الحالة أكثر من ماله ، وعلى أن الحجر يكون بناء على طلب الدائنين ، وعلى أنه لايكون

=

وجاء فى الوجيز للغزالى (جزء أول ص ١٧٢) : « الحكم الثالث حبسه الى ثبوت اعساره . وللقاضى ضربه ان ظهر عناده باخفاء المال . فان أقام بينة على اعساره ، سمع فى الحال وأنظر الى ميسرة . وليشهد من يخبر باطن حاله ، فانه شهادة على النفى قبلت للحاجة . ثم للخصم أن يحلفه مع الشهادة ، فان لم يطلب فهل يجب على القاضى أدبا فى قضائه ؟ فيه خلاف . وان لم يجد بينة وقد عهد له مال ، فلا يقبل قوله . وان لم يعهد ، فقيل ان القول قوله لان الاصل عدم اليسار ، وقيل لا بل الاصل فى الحر الاقتدار ، وقيل ينظر ان لزمه الدين باختياره فالظاهر انه لايلتزم الا عن قدرة . فان لم يقبل يمينه ، فان كان غريبا فليوكل القاضى به من يسأله عن منشأه ومنقلبه حتى يغلب على ظنه افلاسه فليشهد كي لايتخلد الحبس عليه » .

وجاء فى المغنى « جزء ٤ ص ٤٨٨ » : اذا رفع الى الحاكم رجل عليه دين ، فسأل غرماؤه الحاكم الحجر عليه ، لم يجبهم حتى تثبت ديونهم باعترافه أو ببينة . فاذا ثبتت نظر فى ماله ، فان كان وافيا بدينه لم يحجر عليه وأمره بقضاء دينه . فان أبى ، حبسه . فان لم يقضه وصبر على الحبس ، قضى الحاكم دينه من ماله ، فان كان وافيا بدينه لم يحجر عليه وأمره بقضاء دينه . فان أبى ، حبسه . فان لم يقضه وصبر على الحبس ، قضى الحاكم دينه من ماله ، وان احتاج الى بيع مالهفى قضاء دينه باعه . »

وجاء فى الشرح الكبير (جزء ٤ ص ٤٥٩) : « قال ابن المنذر أكثر من تحفظ عنه من علماء الامصار وقضاتهم يرون الحبس فى الدين ، منهم مالك والشافعى وابو عبيد والنعمان وسوار وعبيد بن الحسن ، وروى عن شريح والشعبى . وكان عمر بن عبد العزيز يقول : يقسم ماله بين الغرماء ولايحبس ، وبه قال عبد الله بن أبى جعفر والليث بن سعد » .

إلا بحكم من القاضى وهو حكم يحسن الإشهاد عليه وإعلانه للناس حتى تتجنب معاملة المدين المفلس .

هذا هو الجوهر تتفق فيه المذاهب ، وتختلف بعد ذلك فى مسائل أهمها مايأتى : (١) أبو حنيفة فى المذهب الحنفى لا يجيز الحجر للإفلاس ولا بيع مال المدين أصلا عليه ، بل إن إفلاس المدين عنده لا يمكن أن يتحقق إلا بعد الموت . ويخالفه صاحباه فى كل ذلك . (٢) المذهب الحنفى فى قول يجيز الحجر على المدين ولو كان مليئاً إذا كان مماطلا فى دفع ديونه ، وفى قول آخر لا يجيز الحجر إلا إذا كان مال المدين لا يفى بديون الحالة والمؤجلة (٣). المذهب المالكى فى قول يجيز الحجر على المدين ، ليس فحسب إذا كان دينه الحال أكثر من ماله ، بل أيضاً إذا كان مجموع ديونه الحال منها والمؤجل يزيد على ماله بشرط أن يكون فى الديون ماهو حال . (٤) يشترط المذهب المالكى فى الحجر للإفلاس ، فوق الشروط المتقدمة ، أن يلد المدين ويماطل بعد حلول الأجل فى دفع ماعليه ، فإن دفع للدائنين جميع ما بيده ولم يتهم بإخفاء شىء لم يحجر عليه . (٥) المذهب الشافعى فى قول يجيز الحجر على المدين وإن كان ماله يفى بالديون الحالة إذا ظهرت عليه أمارة التفليس ، بأن زاد خرجه على دخله . (٦) يجوز فى المذهب الشافعى أن يتقدم المدين إلى الحاكم لتفليس نفسه .

مايترتب على الحجر :

يمكن حصر النتائج التى تترتب على الحجر فى المذاهب كلها فى أمور أربعة : (١) غل يد المدين المحجور عن التصرف فى ماله . (ب) بيع أمواله عليه . (جـ) ترك مايحتاج إليه شفقة عليه . (د) المساواة الفعلية مابين الدائنين عن طريق المحاصة بينهم .

(١) فى غل يد المدين المحجور تتفق المذاهب جميعاً فى أن المدين لا يجوز له أن يتصرف تصرفاً مفقراً فينقص من ماله ، ببيع أو هبة أو وقف

أو نحو ذلك . ولا يجوز له أن يلتزم فى ماله المحجور عليه ، بقرض أو شراء أو نحو ذلك من التصرفات القولية ، وينفذ التزامه فيما يجد له من مال بعد زوال الحجر ، أما التزامه بجناية ونحوها من التصرفات الفعلية فينفذ فى ماله المحجور عليه . وإذا عرض للمدين المحجور كسب فامتنع عنه ، كهبة أو وصية امتنع عن قبولها ، لم يجبر على ذلك .

وتختلف المذاهب بعد ذلك فى مسائل أهمها ما يأتى : (١) عند الحنفية يجوز للمدين المحجور أن يتصرف فى ماله معاوضة بغير محاباة . (٢) وعندهم لا يكون عدم نفاذ التصرفات التبرعية إلا فى حق الغرماء الذين باشروا الحجر على المدين دون غيرهم من الغرماء الذين لم يباشروا الحجر . (٣) التصرفات المحظورة الصادرة من المدين المحجور موقوفة لحق الغرماء فى المذهبين الحنفى والمالكى ، وهى باطلة فى المذهب الحنبلى وفى القول الصحيح من مذهب الشافعى . (٤) إقرار المدين المحجور لا ينفذ فى ماله المحجور عليه عند الحنفية والمالكية والحنابلة ، وينفذ فى القول الصحيح من مذهب الشافعى .

(ب) وفى بيع أموال المحجور تتفق المذاهب جميعاً على أن ماله يباع عليه ، ويعجل بيع ما يخشى فساده أو تغيره عن حالته ، ويتحرى الحاكم الاستقصاء فى الثمن وعدم تقدم من يزيد .

وتختلف المذاهب بعد ذلك فى مسألة هامة . فعند الحنفية والمالكية لا يتناول الحجر إلا المال الموجود وقت الحجر . وعند الشافعية والحنابلة يتناول الحجر أيضاً ما يجد من مال دون حاجة إلى حجر جديد . وقد تقدم أن أبا حنيفة لا يجيز بيع مال المدين عليه ، ويجيز حبسه فى الدين حتى يبيع ماله بنفسه ، أما الصاحبان والمذاهب الأخرى فتجيز حبس المدين فى الدين وتجيز إلى جانب ذلك بيع ماله عليه .

(ج) وفى ترك ما يحتاج إليه المدين المحجور تتفق المذاهب جميعاً فى

أن يترك له ما يحتاج إليه فى صناعته أو حرفته ، ويترك له قوته والنفقة الواجبة عليه لمن تلزمه نفقته .

وتختلف المذاهب بعد ذلك فى مسائل أهمها ما يأتى : (١) تباع دار السكنى عند المالكية والشافعية ، ولا تباع عند الحنفية والحنابلة . (٢) لا يجبر المدين المحجور على التكسب لوفاء الباقى من ديونه عند الحنفية والمالكية والشافعية ، ويجبر على ذلك فى القول الصحيح من المذهب الحنبلى .

(د) وفى المساواة الفعلية ما بين الدائنين يتميز الفقه الإسلامى بأنه يجعل إجراءات التنفيذ على مال المدين . المحجور للإفلاس إجراءات جماعية تحقق المساواة الفعلية ما بين الدائنين فتتفق المذاهب جميعاً فى أن يقسم ما يحصل من مال المفلس بين الغرماء يتحاصون فيه ، وإذا ظهر بعد قسمة المال غريم آخر رجع على الغرماء وشاركهم فيما أخذوه على قدر دينه . على أن من وجد من الغرماء عين ماله على صفته ولم يتعلق به حق غيره ، فهو بالخيار بين أن يترك ويضرب مع الغرماء بالثمن ، وبين أن يفسخ ويرجع فى عين ماله .

وتختلف المذاهب بعد ذلك فى مسائل أهمها ما يأتى : (١) تحل الديون المؤجلة التى على المفلس بالحجر عليه عند المالكية ، ولا تحل عند الحنفية وفى القول الأظهر من مذهب الشافعى وفى القول المشهور الأصح من المذهب الحنبلى . وعند من يقول بعدم حلول الديون المؤجلة لا يدخر من مال المحجور شىء لها إذا تمت قسمة المال بين أصحاب الديون الحالة قبل حلول الديون المؤجلة ، وفى هذا بعض تفويت للمساواة الفعلية ما بين الدائنين . (٢) عند الحنفية من وجد من الغرماء عين ماله على صفته ولم يتعلق به حق غيره لم يكن له أن يفسخ البيع لأخذ عين ماله ، وهو أسوة الغرماء . أما إذا كان المشترى لم يقبض المبيع أو قبضه بغير إذن البائع ، فللبائع أن يستبقى المبيع فى يده أو يسترده من المشترى ، فيحبسه بالثمن . وفى المذاهب الأخرى غير مذهب الحنفية ، قدمنا أن للبائع الفسخ وأخذ عين ماله ، قبل القبض وبعده .

(٣) إذا طلب البائع فسخ البيع ، فى المذاهب الأخرى غير مذهب الحنفية ، لأخذ عين ماله ، فعند المالكية يجوز للغرماء أن يفدوا المبيع بدفع ثمنه للبائع ولو بمالهم فأولى بمال المفلس ، فيمتنع على البائع أن يفسخ وأن يأخذ عين ماله . وعند الشافعية يجوز للغرماء أن يفدوا المبيع بدفع ثمنه للبائع من مال المفلس ، أما فداؤه بدفع ثمنه من مالهم فلا يجوز لأن فيه منة وغرر ظهور غريم آخر . وعند الحنابلة إذا بذل الغرماء الثمن لصاحب السلعة ليتركها لم يلزمه القبول لاحتمال ظهور غريم آخر ، لكن إذا دفع الغرماء إلى المفلس الثمن فبذله للبائع لم يكن لهذا أن يفسخ وفى هذه الحالة إذا ظهر غريم آخر لا يشارك البائع فى الثمن .

مقارنة بين الفقه الإسلامى والفقه الغربى فى الإعسار :

خلص مما قدمناه أن الفقه الإسلامى ينظم إعسار المدين تنظيما جماعياً يحمى به حقوق الدائنين ، ويحقق بواسطته المساواة الفعلية فيما بينهم ، ويستجيب فيه لدواعى الشفقة بالمدين فيكفل له نفقته هو ومن يعول . وقد جارى الفقه الإسلامى فى ذلك أحدث النظم الغربية ، وقد رأينا مثالا لهذه النظم الأخيرة فى نظام الإعسار فى التقنين المدنى المصرى الجديد ، فنعقد مقارنة سريعة بين هذا النظام والنظام الذى بسطنا أحكامه فى الفقه الإسلامى .

يقوم نظام الإعسار فى التقنين المدنى المصرى ، كما رأينا ، على الأسس الآتية :

أولا — إذا زادت ديون المدين الحالة على ماله ، جاز لدائنيه أن يطلبوا من المحكمة شهر إعساره . وللمحكمة أن تقضى بشهر إعسار المدين بحكم ، وتسجل صحيفة دعوى الإعسار فى قلم كتاب المحكمة ويؤشر بالحكم على هامش هذا التسجيل . ويجوز للمدين نفسه أن يتقدم إلى المحكمة طالبا شهر إعساره ، فتجيبه المحكمة إلى طلبه .

وهذا هو عين ما رأيناه فى الخطوط الرئيسية للفقه الإسلامى . فقد قدمنا أن المدين يحجر عليه بحكم الحاكم ، إذا زادت ديونه الحالة على ماله ،

ويكون الحجر بناء على طلب دائنيه، وقد يكون بناء على طلب المدين نفسه فى مذهب الشافعى . ويحسن الإشهاد على الحكم وإعلانه للناس لتتجنب معاملة المدين المحجور . بل إن الخلاف فى مذهب مالك ، وقد رأينا هذا المذهب فى قول يجيز الحجر على المدين ليس فحسب إذا كان دينه الحال أكثر من ماله بل أيضا إذا حلت بعض ديونه وكان مجموع ديونه الحال منها والمؤجل يزيد على ماله ، نراه مردداً فى الأعمال التحضيرية للتقنين المدنى المصرى . فقد ورد نص المادة ٢٣٤ من المشروع التمهيدى للتقنين المدنى المصرى الجديد ، عن طريق الخيرة ، على أحد الوجهين الآتيين : يجوز أن يشهر إعسار كل مدين غير تاجر ، تزيد ديونه على أمواله، متى توقف عن وفاء ديونه المستحقة الأداء ، أو « يجوز أن يشهر إعسار كل مدين غير تاجر ، إذا كانت أمواله لاتكفى لوفاء ديونه المستحقة الأداء » . وقد فاضلت لجنة المراجعة بين النصين المتقدمين ، فاختارت النص الثانى وهو الذى استقر فى التقنين المدنى المصرى الجديد (انظر الوسيط للمؤلف جزء ٢ ص ١٢١٢ هامش رقم ١) .

ثانيا — إذا شهر إعسار المدين بحكم ، غلت يد المدين عن التصرف فى ماله ، وكل تصرف يصدر منه بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار يكون غير سار فى حق الدائنين ، دون حاجة إلى إثبات أعسار المدين إذ هو ثابت بالحكم، ودون حاجة إلى إثبات تواطو المدين مع من تصرف له فى ماله . ويكون المدين معرضاً لعقوبة التبديد إذا هو ارتكب عملا من الأعمال التى سبق بيانها عند الكلام فى الإعسار فى التقنين المدنى المصرى . ويستطيع المدين إذا كان الدائنون قد أوقعوا الحجز على إيراداته فبقى دون مورد يعيش منه، أن يطلب تقرير نفقة يتقاضاها من إيراداته المحجوزة .

وهذه هى أيضاً أحكام الفقه الإسلامى فيما قدمناه. فإذا حجر على المدين بحكم الحاكم ، لم تسر تصرفاته القولية وإقراراته فى المال المحجور عليه فى حق غرمائه . ويحبس إن كان عنده مال وأخفاه أو كان ظاهر الغنى وادعى عدم

المقدرة على وفاء ما عليه، ويطلق المجهول الحال من الحبس إن طال حبسه بحيث يغلب على الظن أنه لو كان عنده مال لما صبر على الحبس . ويترك للمدين المحجور قوته والنفقة الواجبة عليه لمن تلزمه نفقته .

ثالثاً — ويحقق نظام الإعسار فى التقنين المدنى المصرى المساواة ما بين الدائنين فيتحاصون فى أموال المدين ، وتحل الديون المؤجلة ، ولا يجوز لدائن أن يأخذ حق اختصاص على عقار المدين وإلا كان الاختصاص غير نافذ فى حق الدائنين الآخرين . ولكن المساواة التى تتحقق هى المساواة القانونية لا المساواة الفعلية،فليست هناك إجراءات جماعية يتخذها الدائنون فى التنفيذ على أموال المدين . بل كل منهم يتخذ إجراءات فردية للتنفيذ بحقه ، فإذا حصل عليه لم يشاركه فيه سائر الدائنين .

وأحكام الفقه الإسلامى تحقق هى أيضاً ، كما رأينا ، المساواة بين الدائنين. فيقسم ما يحصل من مال المفلس بين الغرماء يتحاصون فيه ، وتحل الديون المؤجلة ، ولا يقدم دائن على دائن إلا بمسوغ شرعى. بل إن الفقه الإسلامى لا يكتفى بالمساواة القانونية بين الغرماء ، إذ هو يحقق كما قدمنا المساواة الفعلية بينهم . وذلك عن طريق إجراءات جماعية عند التنفيذ على أموال المدين ، فإذا ظهر بعد قسمة أموال المدين على الغرماء غريم آخر رجع على الغرماء وشاركهم فيما أخذوه على قدر دينه .

ولما كانت أحكام الفقه الإسلامى فى تنظيم الإعسار وافية بالأغراض التى يقصد إليها من وراء هذا التنظيم ، لم يكن غريبا أن يعمد التقنين المدنى العراقى إلى هذه الأحكام فيستمد منها نظاما تشريعيا للحجر على المدين المفلس ، وهو النظام الذى نبسط أسسه فيما يلى .

الحجر على المدين المفلس فى التقنين المدنى العراقى :

أخذ التقنين المدنى العراقى نظام الحجر على المدين المفلس من أحكام الفقه الإسلامى كما قدمنا ، وفصل هذا النظام تفصيلا يتسق مع النظم القضائية فى العراق ومع المبادىء العامة للتقنين المدنى العراقى . ونستعرض الخطوط

الرئيسية لهذا النظام مع النصوص المتعلقة بها ، فننظر كيف يتم الحجر على المدين المفلس ، وما هى الآثار التى تترتب على هذا الحجر ، وكيف ينتهى .

كيف يتم الحجر على المدين المفلس :

يشترط للحجر على المدين ما يأتى : (١) أن يكون ماله لا يفى بديونه الحالة . (٢) أن يطلب أحد الدائنين الحجر عليه . (٣) أن تكون هناك أسباب معقولة للخوف من أن يضيع المدين ماله أو أن يخفيه أو أن يجعله باسم غيره . وقد وردت هذه الشروط فى المادة ٢٧٠ مدنى عراقى على الوجه الآتى : « المدين المفلس الذى يكون دينه المستحق الأداء أزيد من ماله ، إذا خاف غرماؤه ضياع ماله أو خافوا أن يخفيه أو أن يجعله باسم غيره ، وكان خوفهم مبنياً على أسباب معقولة ، وراجعوا المحكمة فى حجره عن التصرف فى ماله أو إقراره بدين لآخر ، حجرته المحكمة . »

فإذا توافرت هذه الشروط ، وقع الحجر على المدين المفلس بحكم تصدره محكمة البداءة بناء على طلب أحد الدائنين (م ١/٢٧١ مدنى عراقى) .

الآثار التى تترتب على الحجر على المدين المفلس :

يترتب على الحجر على المدين المفلس ما يأتى : (١) الحجز على جميع أمواله ومنعه من التصرف فيها أو الإقرار بديون . (٢) حلول الديون المؤجلة . (٣) بيع أموال المدين المفلس للوفاء بديونه[1] .

---

(١) أما استرداد الغريم للعين التى له فى أموال المدين ، فهذا مالم يتعرض له التقنين المدنى العراقى اكتفاء بتطبيق القواعد العامة . وهذه القواعد أوسع من أحكام الفقه الاسلامى فى هذه المسألة . فان البائع فى الفقه الاسلامى لايستطيع ، مالم يشترط خيار النقد ، ان يسترد سلعته بفسخ البيع الا اذا أفلس المشترى وحجر عليه . أما القواعد العامة فتقضى بأنه يجوز للبائع فسخ البيع واسترداد المبيع اذا لم يستوف الثمن ، حتى لو كان المشترى لم يحجر عليه بل كان موسرا قادرا على الوفاء بالثمن ، واذا كانت هناك قيود على استرداد البائع للمبيع ، فمحل ذلك فى القانون التجارى عند افلاس المشترى وبالنسبة الى البضائع التى اشتراها وتسلمها . ومن أجل ذلك لم يكن هناك محل فى التقنين المدنى العراقى لايراد أحكام الفقه الاسلامى فى هذه المسألة ، والا كان فى ذلك تضييق من نطاق القواعد العامة على النحو الذى بسطناه .

فيحجز على أموال المدين المفلس — الموجود منها وما سيوجد بمجرد أن يوجد — إذ يجوز لأى دائن بموجب الحكم الصادر بالحجر أن يحصل من دائرة الإجراء على قرار بحجز جميع أموال المدين المحجور من عقارات ومنقولات وديون فى ذمة الغير، عدا الأموال التى لا يجوز حجزها. ويبقى الحجز على أموال المدين قائماً لمصلحة جميع الدائنين حتى ينتهى الحجر، ولو كان الذى طلب الحجز بعض الدائنين دون بعض أو أحد الدائنين دون الآخرين (م ٢٧١ / ٢ مدنى عراقى). ويقام المدين نفسه حارساً على أمواله المحجوز عليها، إلا إذا كان هناك ما يبرر إقامة حارس آخر (م٢٧١/٣مدنى عراقى). ومتى حجز على أموال المدين، لم يعد هذا يستطيع أن يتصرف فيها لا تبرعا ولا معاوضة، وكل تصرف يصدر منه بعد الحجز يكون باطلا. ولا يجوز للمدين المحجور أن يرتب فى ذمته دينا كأن يقترض، بل إنه لا يجوز له من وقت الحجر أن يفى أحد غرمائه دون الآخرين، وإذا فعل كان لسائر الغرماء استرداد المبلغ الذى دفعه لهذا الغريم والمحاصة فيه معه. كما لا يجوز للمدين المحجور من وقت الحجر أن يقر بدين عليه، ولا يعتبر إقراره ساريا فى حق الدائنين، ولكن إذا قامت بينه على وجود دين فى ذمته قبل الحجر ثبت هذا الدين لو أقيمت البينة بعد الحجر. وتنص المادة ٢٧٤ مدنى عراقى فى هذا الصدد على ما يأتى: «إذا أقر المدين المحجور بدين فلا يعتبر إقراره، وإذا دفع من ماله دينا فى ذمته لأحد غرمائه فلسائر غرمائه استرداد المبلغ الذى دفعه». على أن المدين — هو ومن تلزمه نفقته — يستحق النفقة فى ماله طول مدة الحجر، وتنص المادة ٢٧٢ مدنى عراقى على هذا الحكم إذ تقول: «ينفق على المدين المحجور وعلى من لزمته نفقته فى مدة الحجر من ماله. فإذا أوقع الدائنون الحجز على إيراداته كان لرئيس المحكمة المختصة بالحجر أن يقرر للمحجور بناء على عريضة يقدمها نفقة يتقاضاها من إيراداته المحجوزة». فإذا لم يحجز الدائنون على إيراداته كلها أو بعضها، فالمفروض أنهم تركوا مالم يحجزوا عليه نفقة للمدين، ولهم أن يحجزوا على إيراداته كلها

بعد أن يطلبوا هم — أو يطلب المدين — تقدير النفقة الواجبة .

ويحل مافى ذمة المدين المفلس من ديون مؤجلة بمجرد الحكم بالحجر عليه ، على أن يخصم من هذه الديون مقدار الفائدة الاتفاقية إذا كان هناك اتفاق على سعر الفائدة ، أو الفائدة القانونية إذا لم يكن هناك اتفاق عن المدة التى سقطت بحلول الدين . ويزاحم أصحاب الديون المؤجلة أصحاب الديون الحالة فى المحاصة بهذا المقدار بعد الخصم . على أنه يجوز للمدين أن يطلب من المحكمة فى مواجهة دائنيه إبقاء الأجل أو مده أو منح أجل للديون الحالة، فإذا رأت المحكمة أن هذا يساعد على تصفية أموال المدين تصفية رابحة ينتفع بها كل من المدين والدائنين أجابته إلى طلبه . وتنص المادة ٢٧٣ مدنى عراقى فى هذا الصدد على أنه : « ١ — يترتب على الحكم بالحجر أن يحل كل مافى ذمة المدين من ديون مؤجلة ، ويخصم من هذه الديون مقدار الفائدة الاتفاقية أو القانونية عن المدة التى سقطت بسقوط الأجل . ٢ — ويجوز للمحكمة ، بناء على طلب المدين وفى مواجهة ذوى الشأن من دائنيه ، أن تحكم بإبقاء الأجل أو مده بالنسبة إلى الديون المؤجلة ، كما يجوز لها أن تمنح المدين أجلا بالنسبة إلى الديون الحالة ، إذا رأت أن هذا الإجراء تبرره الظروف وأنه خير وسيلة تكفل مصالح المدين والدائنين جميعاً » .

وتباع أموال المدين المفلس للوفاء بديونه . ولكن إجراءات التنفيذ تبقى إجراءات فردية يتولاها كل دائن لحسابه الخاص ، دون أن تكون هناك إجراءات جماعية يتولاها مصف أو سنديك لحساب جميع الدائنين . فيجوز لكل دائن ، بعد الحكم بالحجر ، أن يتخذ باسمه خاصة مايلزم من الإجراءات لاستخلاص حقه . وينفذ على أى مال من أموال المدين بالطرق المقررة ، على أن مايحصل من التنفيذ يتقاسمه الدائنون جميعا قسمة غرماء ، لأن الحجز قد تقرر لمصلحة جميع الدائنين كما قدمنا . فمن تقدم منهم لأخذ حصته أخذها ، ومن تخلف لم يأخذ شيئا ، على أن يتقدم فيما عسى أن يستجد

من التنفيذات أو على أن يقوم هو بنفسه بالتنفيذ على أموال أخرى المدين. وهذا بخلاف الفقه الإسلامى ، فقد رأينا أن أحكامه تقضى بجعل تصفية أموال المدين تصفية جماعية ، فإذا ظهر غريم متأخرا حاص بقية الغرماء فيما أخذوا . وتنص المادة ٢٧٥ مدنى عراقى فى المعنى الذى قدمناه على ما يأتى: « يجوز لكل دائن بعد الحكم بالحجر أن يتخذ باسمه خاصة ما يلزم من الإجراءات لاستخلاص حقه ، مع عدم الإخلال بما لسائر الدائنين من مصلحة تعلقت بالحجز الموقع على أموال المدين » . ولا يقتصر بيع أموال المدين على الدائنين وحدهم ، بل يجوز للمدين نفسه أن يبيع ماله بقصد الوفاء بديونه ، ويكون ذلك إما بموافقة أغلبية معينة من الدائنين وإما بإذن المحكمة. فى الحالة الأولى تنص المادة ٢٧٦ مدنى عراقى على أنه « يجوز للمدين المحجور ، بموافقة أغلبية من الدائنين تمثل ثلاثة أرباع الديون ، أن يبيع كل ماله أو بعضه ، على أن يخصص الثمن لوفاء ديونه . فإذا لم يتفق الجميع على طريقة توزيع هذا الثمن ، تعين إيداعه صندوق المحكمة حتى يوزع وفقا للإجراءات المقررة » . وفى الحالة الثانية تنص المادة ٢٧٧ مدنى عراقى على أنه « يجوز للمدين بإذن من المحكمة أن يتصرف فى ماله بغير رضاء الدائنين ، على أن يكون ذلك بثمن المثل ، وأن يقوم المشترى بإيداع الثمن صندوق المحكمة ليستوفى الدائنون منه حقوقهم » .

كيف ينتهى الحجر على المدين المفلس :

وتنص المادة ٢٧٨ مدنى عراقى على أن « ينتهى الحجر بحكم تصدره محكمة البداءة ، بناء على طلب كل ذى شأن[1] ، فى الحالات الآتية » :

« ١ – متى ثبت أن ديون المدين أصبحت لا تزيد على أمواله » . والأصل أن تحل الديون المؤجلة كما قدمنا ، فيجب إذن أن تكون أموال المدين

---

(١) كالمدين أو أحد الدائنين أو دائن متأخر نشأ دينه بعد الحجر .

قد أصبحت كافية للوفاء بجميع ديونه . ويتحق ذلك إذازادت قيمة هذه الأموال، أو أضيف إليها مال جديد من هبة أوميراث أو وصية أونحوذلك.

« ٢ — متى قبل الدائنون أو بعضهم إبراء المدين من بعض ديونه ، بحيث يصبح الباقى فى ذمته من الديون لايزيد على ماعنده من مال » . وهذا وجه آخر لصيرورة أموال المدين كافية للوفاء بديونه ، لاعن طريق زيادة أمواله بل عن طريق نقص ديونه » .

« ٣ — متى قام المدين بوفاء ديونه التى حلت دون أن يكون للحجر أثر فى حلولها ، وفى هذه الحالة تعود آجال الديون التى حلت بالحجر إلى ما كانت عليه من قبل بشرط أن يكون المدين قد وفى جميع أقساطها التى حلت » . وهنا نميز بين الديون التى كانت حالة وقت الحجر والديون المؤجلة التى حصلت بموجب الحجر على النحو الذى قدمناه . فإذا استطاع المدين أن يفى بالديون التى كانت حالة وقت الحجر ، بأن زادت قيمة أمواله أو زاد مقدارها بهبة أو وصية أو نحو ذلك ، وبالأقساط التى حلت فعلا من الديون التى كانت مؤجلة فحلت بموجب الحجر ، كان هذا سببا لقضاء المحكمة بانتهاء الحجر . وتعود فى هذه الحالة الديون التى كانت مؤجلة فحلت بموجب الحجر إلى آجالها الأولى ، وعلى المدين أن يوفى أقساط هذه الديون فى آجالها المحددة » .

« ٤ — متى انقضت ثلاث سنوات من تاريخ صدور الحكم الصادر بالحجر» . ومعنى ذلك أن للدائنين، لاستيفاء حقوقهم عن طريق الإجراءات الفردية ، ثلاث سنوات ، فإذا انقضت هذه المدة قضت المحكمة بانقضاء الحجر » .

ويترتب على الحكم بانتهاء الحجر أن يكون للمدين الحق فى أن يحصل من دائرة الإجراء على قرار برفع الحجز الموقع على أمواله بسبب الحجر . فيعود المدين إلى حقه فى التصرف فى أمواله ، وتعتبر أمواله غير محجوز عليها لمصلحة الدائنين أجمعين . وهذا لا يمنع من أن يكون أحد الدائنين قد وقع ، أثناء الحجر أو بعده ، حجزاً باسمه خاصة ولمصلحته وحده بموجب

سند غير حكم الحجر ، ففى هذه الحالة يكون لهذا الدائن الحق فى أن يستمر فى إجراءات التنفيذ حتى يستوفى حقه وفقا للقواعد المقررة فى هذا الشأن. وفى هذا تقول المادة ٢٧٩ مدنى عراقى : « يكون للمدين الحق بمقتضى الحكم الصادر بانتهاء الحجر أن يحصل من دائرة الإجراء على قرار برفع الحجز الموقع على أمواله بسبب الحجر ، وهذا دون إخلال بما اتخذه كل دائن من الإجراءات على أموال المدين باسمه خاصة ولمصلحته وحده » .

§٢ — عدم سريان تصرف المدين الضار بحق الدائن

فى غير مذهب مالك تسرى تصرفات المدين الى أن يحجر عليه :

عند الحنفية والشافعية والحنابلة لا يمنع المدين من التصرف فى ماله ولو تبرعا ، إلا إذا كان فى مرض الموت أو كان قد حجر عليه للإفلاس على النحو الذى بسطناه فيما تقدم . فإذا كانت أمواله لا تفى حتى بديونه الحالة ، فإن له مع ذلك ، قبل الحجر عليه ، أن يبيع ، بل له أن يهب ماله لمن يشاء . وتكون هبته صحيحة نافذة متى استوفت شرائطها،مع أن الهبة واضحة للضرر بحقوق الدائنين وهى صادرة من مدين أحاط به الدين . فليس أمام الدائنين إلا تفليس المدين برفع أمره للحاكم للحجر عليه ، وفقاً للأحكام التى سبق ذكرها . ولا يوجد إذن فى هذه المذاهب الثلاثة ما يقابل الدعوى البولصية فى الفقه الغربى ، ولا يجوز للدائنين الطعن فى تصرفات المدين الضارة بهم دون أن يحجروا عليه .

ويقول صاحب المغنى (جزء ٤ ص ٤٧٩) فى هذا المعنى : « ما فعله المفلس قبل حجر الحاكم عليه من بيع أو هبة أو إقرار أو قضاء بعض الغرماء أو غير ذلك فهو جائز نافذ ، وبهذا قال أبو حنيفة ومالك والشافعى ، ولا نعلم أحدا خالفهم . ولأنه رشيد غير محجور عليه ، فأشبه الملىء . وإن

أكرى جملا أو داراً ، لم تنفسخ إجازته بالفلس ، وكان المكترى أحق به حتى تنقضى مدته » .

على أن هذا التعميم الذى يقول به صاحب المغنى ، ونسبته إلى المذاهب الأربعة جميعاً ، محل للنظر فيما يختص بمذهب مالك . فسنرى الآن أن هذا المذهب بقيد تصرفات المدين الذى أحاط الدين بماله حتى قبل الحجر عليه ، ويورد فى ذلك أحكاما قريبة الشبه بالدعوى البولصية فى الفقه الغربى .

تقييد تصرفات المدين الذى أحاط الدين بماله الصادرة قبل الحجر فى مذهب مالك

حالتان تسبقان حالة التفليس الخاص :

جاء فى بداية المجتهد لابن رشد (جزء ٢ ص ٢٣٦ — ص ٢٣٧) : « فأما المفلس فله حالان : حال فى وقت الفلس قبل الحجر عليه ، وحال بعد الحجر . فأما قبل الحجر ، فلا يجوز له إتلاف شىء من ماله عند مالك بغير عوض إذا كان مما لا يلزمه ومما لا تجرى العادة بفعله . وإنما اشترط مما لا يلزمه ، لأن له أن يفعل ما يلزمه بالشرع وإن لم يكن بعوض ، كنفقته على الآباء المعسرين أو الأبناء . وإنما قيل مما لم تجر العادة بفعله ، لأن له إتلاف اليسير من ماله بغير عوض ، كالأضحية والنفقة فى العيد والصدقة اليسيرة . وكذلك تراعى العادة فى إنفاقه فى عوض ، كالتزوج والنفقة على الزوجة . ويجوز بيعه وابتياعه مالم تكن فيه محاباة ، وكذلك يجوز إقراره بالدين لمن لا يتهم عليه . واختلف قول مالك فى قضاء بعض غرمائه دون بعض وفى رهنه . وأما جمهور من قال بالحجر على المفلس ، فقالوا هو قبل الحكم كسائر الناس ، وإنما ذهب الجمهور لهذا لأن الأصل هو جواز الأفعال حتى يقع الحجر . ومالك كأنه اعتبر المعنى نفسه وهو إحاطة الدين بماله ، لكن لم يعتبره فى كل حال لأنه يجوز بيعه وشراءه إذا لم يكن فيه محاباة ولا يجوزه للمحجور عليه » .

ويبدو أن ابن رشد اقتصر فى كلامه الذى قدمناه على حالة واحدة للمدين قبل الحجر ، وهى حالة إحاطة المدين بماله ، وأغفل الحالة التالية لها وهى حالة التفليس العام . فقد قدمنا أن للمدين الذى أحاط الدين بماله ثلاثة أحوال : الحالة الأولى هى حالة إحاطة الدين بماله ، وتتحقق بمجرد أن يستغرق الدين مال المدين ، فيمنع المدين من التصرف بغير عوض لما فى ذلك من الإضرار بدائنيه . والحالة الثانية . حالة التفليس العام ، وتتحقق بقيام الغرماء على المدين دون أن يطلبوا من الحاكم الحجر عليه ، فيسجنونه ، أو يقومون عليه فيستتر منهم فلا يجدونه ، فيحولون بينه وبين ماله ، ويمنعونه لا من التبرعات فحسب بل أيضاً من التصرفات بعوض ، ولهم أن يقسموا ماله بينهم بالمحاصة . والحالة الثالثة . هى حالة الحجر على المدين وتسمى بحالة التفليس الخاص ، وتتحقق برفع الغرماء أمر المدين إلى الحاكم للحجر عليه فيحكم بحجره ، وقد سبق أن بسطنا أحكامها فيما تقدم ، فتوجد إذن ، إلى جانب حالة إحاطة الدين بمال المدين ، حالة أخرى للمدين سابقة على الحجر هى حالة التفليس العام .

ويقول الدردير فى الشرح الصغير (أنظر حاشية الصاوى ٢ ص ١١٦) فى هذا المعنى : « واعلم أن لمن أحاط الدين بماله ثلاثة أحوال : الأولى قبل التفليس ، وهى منعه وعدم جواز التصرف فى ماله بغير عوض فيما لا يلزمه مما لا تجرى العادة بفعله من هبة وصدقة وعتق وما أشبه ذلك كخدمة وإقرار بدين لمن يتهم عليه ، ويجوز بيعه وشراؤه كما نبه عليه ابن رشد . الحالة الثانية تفليس عام ، وهو قيام الغرماء عليه ، ولهم سجنه ومنعه حتى من البيع والشراء والأخذ والعطاء . الحالة الثالثة تفليس خاص ، وهو خلع ماله لغرمائه » .

والحالتان الأوليان اللتان تسبقان الحجر — حالة إحاطة الدين بمال المدين وحالة التفليس العام — هما اللتان تعنيانا هنا . أما الحالة الثالثة ، وهى حالة التفليس الخاص ، فقد سبق بحثها .

مدى تقييد تصرفات المدين الذى أحاط الدين بماله الصادرة منه قبل الحجر عليه :

ويستخلص من الفقه المالكى أن المدين الذى أحاط الدين بماله تتقيد تصرفاته حتى قبل الحجر . فلا تسرى فى حق دائنيه تصرفاته الضارة بهم التى صدرت منه قبل أن يحجر عليه الحاكم ، وفى هذا شبه واضح بالدعوى البولصية فى الفقه الغربى . ويجب لذلك توافر الشروط الآتية :

أولا — أن يكون المدين قد أحاط الدين بماله : وإحاطة الدين بمال المدين هى أن تكون ديونه ، الحالة منها والمؤجلة، أزيد من ماله أو مساوية له ، إلا أن المنقول أن تقييد تصرفات المدين إنما يكون إذا زادت الديون على ماله لا إن نقصت أو ساوت ، ولكن المستظهر أن المساواة تكفى لتقييد تصرفات المدين . ويستوى أن يكون صاحب الدين متعدداً أو منفرداً ، كما يستوى أن يكون دينه حالا أو مؤجلا على خلاف فى الرأى . والأصل فى المدين الملاءة ، فإذا ادعاها لم تتقيد تصرفاته إلا بعد الكشف عن حاله لمعرفة ما إذا كان الدين محيطا بماله ، فإذا تبين أن الدين محيط بماله تقيدت تصرفاته من وقت إحاطة الدين بالمال .

جاء فى الخرشى (جزء ٥ ص ٢٦٣) : « من أحاط الدين بماله ، أى زاد عليه أو ساواه ، فلصاحب الدين أن يمنعه من تبرعاته كالعتق والصدقة ونحوهما ، وسواء كان صاحب الدين متعدداً أو منفرداً ، وسواء كان دينه حالا أو مؤجلا . . . وافهم قوله : من أحاط ، أى علمت إحاطته ، وأما لو ادعى الملاء فلا يمنع إلا بعد كشف السلطان عنه » . وجاء فى حاشية العدوى (ص ٢٦٣) تعقيباً على ذلك : « المنع المذكور بمجرد الإحاطة ولا يتوقف على قيام الغرماء . . قوله أى زاد عليه أو ساواه : هكذا ينبغى ، لأن العلة وهى إتلاف مال الغريم حاصلة مع التساوى كحصولها فى الزائد ، إلا أن المنقول أن المنع إنما يكون إذا زاد على ماله لا إن نقص أو ساوى . قوله

أى علمت إحاطته : أى لا من شك فى إحاطة الدين بماله . والظاهر أن المراد بالشك مطلق التردد ، فإذا ادعى الملاء لم يمنع إلا بعد كشف السلطان عن ماله ، فإن وجد وفاء لم يفلس ، وإلا فلس ، اللخمى وهو المشهور » .

وجاء فى الشرح الكبير للدردير (أنظر حاشية الدسوقى ٣ ص٢٦٢ — ص ٢٦٤) : « للغريم رب الدين ، واحداً أو متعدداً . . . منع من أحاط الدين ، ولو مؤجلا ، بماله ، بأن زاد عليه وقيل وكذا إن ساواه واستظهر ، من تبرعه بعتق أو هبة أو صدقة أو حبس أو حمالة » . وجاء فى حاشية الدسوقى (ص ٢٦٢ — ص ٢٦٣) تعقيبا على ذلك : « قوله ولو مؤجلا : أى هذا إذا كان الدين حالا بل ولو كان مؤجلا ، وأشار بذلك لقول المدونة ولا يجوز عتق ولا صدقة ولا هبة لمن أحاط الدين بماله وإن كانت الديون عليه لأجل بعيد ، أى خلافا لما فى التتائى من أن الغريم إذا كان دينه مؤجلا لم يكن له منع المدين الذى أحاط الدين بماله من التبرعات المذكورة وهو تابع فى ذلك لشيخه الشيخ على السنهورى ، لكن كلام ابن عرفة يفيده بل فى كلام بعضهم ما يفيد ترجيحه كما كتب ذلك بعض تلامذة ابن عبق نقلا عنه . قوله وكذا إن ساواه واستظهر : أى لأن العلة إتلاف مال الغير ، وهى متحققة فى الزائد وكذا فى المساوى ، بل النقل أن الدين إذا أحاط ببعض ماله فإنه يمنع من التبرع إن كان التبرع ينقص ماله عن الدين ، فإذا كانت حمالته التى تحمل بها لا يحملها ما فضل من ماله بعد الدين الذى عليه فلا تجوز وتفسخ ، وأما إن كان يحملها ما فضل من ماله بعد ما عليه من الدين فهى جائزة فى الحكم سائغة فى فعلها . فإذا كان يملك مائة وعليه خمسون ديناراً فإن تحمل بأربعين جاز وإن تحمل بستين منع » .

ثانياً : أن يكون المدين عالماً وقت التصرف بأن الدين محيط بماله : فإذا كان يعتقد أن الدين غير محيط بماله ، بل لو كان لا يدرى هل بقى ماله بما عليه من الديون ، نفذت تصرفاته ، حتى لو كان الدين فعلا محيطا بماله وهو لا يعلم ذلك . فالشرط إذن أن يعلم يقيناً أن الدين محيط بماله ، فلو كان المدين يتصرف

تصرفاً مألوفاً لاسرف فيه ولا محاباة ، وهو يعتقد أن تصرفه مأمون ، ولم يتحقق من أن ديونه مستغرقة لجميع ماله ، فتصرفه جائز .

جاء فى الحطاب (جزء ٥ ص ٣٥) : « ويؤخذ من قوله أحاط أنه علم أن الدين أحاط بماله . فلو لم يعلم بذلك ، لم يمنع من التبرع . قال المشذالى فى حاشيته فى أول التفليس ابن هشام لو وهب أو تصدق وعليه دين لايدرى هل لايفى ماله بهما أم لا ، جاز حتى يعلم أن ماعليه من الدين يستغرق ماله . قاله ابن زرب ، واحتج عليه بما فى سماع عيسى من الرضاع فيمن دفع لمطلقته نفقة سنة ثم فلس بعد ستة أشهر ، إن كان يوم دفع النفقة قائم الوجه لم يظهر فى فعله سرف ولا محاباة فذلك جائز ابن رشد . يريد بقوله قائم الوجه جائز الأمر أن يكون المفلس مأمونا عليه مع كثرة ديونه ولا يتحقق أنها مغترقة لجميع ماله . فيقوم من قوله هذا أن من وهب أو تصدق وعليه دين لقوم ، إلا أنه قائم الوجه لايخاف عليه الفلس ، إن أفعاله جائزة وإن لم تحصر الشهود قدر مامعه من المال والدين . وبهذا كان يفتى ابن زرب ويحتج بهذه الرواية ، ويقول لايخلو أحد من أن يكون عليه دين ، وقوله صحيح واستدلاله حسن . وأما إن علم إن ماعليه من الدين يغترق مابيده من المال ، فلا يجوز له هبة ولا عتق ولاشىء من المعروف . . . قلت وفى سماع أصبغ من المديات مانصه إذا كان الرجل قائم الوجه يبيع ويشترى ويتصرف فى ماله ، فحمالته وهبته وصدقته ماضية . فإن كان علم أن عليه ديوناً كثيرة ، بقى الجواز حتى يثبت أنه لا وفاء له بما فعل من المعروف » .

ثالثاً : أن يكون التصرف الصادر من المدين ضاراً بحقوق الدائنين : وهنا يجب التمييز بين حالة إحاطة الدين بمال المدين وحالة التفليس العام ، فإن تصرفات المدين تتقيد فى الحالة الثانية أكثر مما تتقيد فى الحالة الأولى .

(١) ففى حالة إحاطة الدين بمال المدين ، لايجوز للمدين أن يتصرف فى ماله بغير عوض إذا كان هذا التصرف لايلزمه ولم تجر العادة بفعله . فليس له أن يهب ماله ، لأن الهبة تضر بالدائنين فلا تنفذ فى حقهم . ولكن

يجوز له التصرف تبرعاً بما يلزمه كنفقته على من تجب له عليه النفقة ، وبما جرت العادة بفعله كالأضحية والنفقة فى العيد والصدقة اليسيرة . ويجوز بيعه وشراؤه بشرط عدم المحاباة ، لأن المحاباة تبرع وهو ضار بحقوق الدائنين . ولا تجوز حمالته ولا إقراضه ، فكلاهما من عقود التبرع . ولا يجوز له أن يوفى ديناً لم يحل أجله ، ولا أن يوفى ديناً حل أجله بكل ما عنده من مال ، ولكن له أن يوفى ديناً حالا ببعض ما عنده من المال . ولا يجوز إقراره لمتهم عليه كابنه وأخيه وزوجه وصديقه ، بخلاف غير المتهم عليه فيعتبر إقراره له . ويجوز أن يرهن بعض ما بيده لبعض غرمائه ، فى معاملة سابقة أو لا حقة لإحاطة الدين بماله ، إذا أصاب وجه الرهن بالا يرهن كثيراً فى قليل . ولا يجوز له أن يتزوج أكثر من زوجة واحدة ، وأما الواحدة فلا يمنع منها إن كانت ممن تشبه نساءه لا إن كانت أعلى وأن يصدقها مثل صداقها فإن أصدقها أكثر من صداق مثلها فلغرمائه الزائد يرجعون عليها به وكان ذلك الزائد ديناً لها عليه، فلو كان متزوجاً منع من إحداث زوجة ثانية.

جاء فى الشرح الكبير للدردير (أنظر حاشية الدسوقى جزء ٣ ص ٢٦٢ – ص ٢٦٤) : « منع من أحاط الدين . . بماله . ، من تبرعه بعتق أو هبة أو صدقة أو حبس أو حمالة ، ولا يجوز له هو ذلك ، ولهم رده حيث علموا . ومن التبرع قرض لعديم لما فى ذلك من ضياع مال الغير ، وليس منه ما جرت العادة به ككسرة لسائل ونفقة عيدين وأضحية ونفقة ابنه وأبيه دون سرف فى الجميع . وخرج بتبرعه تصرفه المالى كبيعه وشرائه . . وللغريم منعه . . من إعطاء غيره من الغرماء بعض ما بيده قبل حلول أجله لأنه سلف فيرجع للتبرع ، أو إعطاء غيره كل ما بيده ولو حل الدين . كإقراره أى المدين لمتهم عليه كابنه وأخيه وزوجة يميل إليها وصديق ملاطف فللغريم منعه منه على المختار والأصح ، بخلاف غير المتهم عليه فيعتبر إقراره ، وسواء كان الدين الذى عليه ثابتا بالبينة أو بإقراره على أحد القولين . . ، لا منعه من إعطاء بعضه ، أى بعض ما بيده ، لبعض غرمائه الحال دينه ، ويجوز له هو أيضاً

ذلك إن كان صحيحاً لا مريضاً . ولا منعه من رهنه ، أى رهن بعض ماله لبعض غرمائه فى معاملة حدثت اشترط فيها الرهن لمن لا يتهم عليه والراهن صحيح وأصاب وجه الرهن بألا يرهن كثيراً فى قليل ، فشروط عدم المنع ستة ، وأما الدين الثابت من قبل فلا يرهن فيه . . وله ، أى لمن أحاط الدين بماله التزوج . . والمختار المنع فيما زاد على واحده نحفه » . وجاء فى حاشية الدسوقى (جزء ٣ ص ٢٦٣ — ص ٢٦٤) تعقيباً على ماتقدم : « قوله ومن التبرع قرض لعديم : الأولى حذف قوله لعديم لما يأتى له فى الإعطاء قبل الأجل . . قوله وخرج بتبرعه تصرفه المالى : أى فلا يمنع منه بمجرد إحاطة الدين بماله وإنما يمنع من ذلك بالتفليس بالمعنى الأعم وهو قيام الغرماء عليه ، وأولى بالمعنى الأخص فيمنع بكل منهما من التصرف المالى بالتبرعات والبيع والشراء ولو بغير محاباة [١] . . . قوله وإعطاء غيره قبل أجله : أى وأما دفعه بعض مابيده لغيره من الغرماء بعد حلول أجله فلا يمنع منه . . قوله لأنه سلف : أى لأن من عجل ما أجل عد مسلفا ، والسلف من جملة التبرع ، فيرد كل ما أعطاه للغير ، وقال بعضهم لا يرد كل ماأعطاه لذلك الغير بل بعضه لأن قيمة المؤجل أقل من قيمته معجلا فالزائد على قيمته مؤجلا هبة ترد اتفاقاً . قوله أو إعطاء غيره : أى غير المانع له من الغرماء كل مابيده ، ومثل إعطاء الكل ما إذا بقى فى يده فضلة لا يعامله الناس عليها ، فإن وقع وأعطى جميع مابيده لبعض الغرماء بعد الأجل كان لغيره رد الجميع على الظاهر ، ولا يبقى البعض الجائز مع الحلول ، من باب صفقة جمعت حلالا وحراماً فسدت كلها . . . قوله فشروط عدم المنع : أى من الرهن ، ستة مساقها

---

(١) قدمنا ماجاء فى بداية المجتهد لابن رشد (جزء ٢ ص ٢٣٧) : « ويجوز بيعه وابتياعه مالم تكن فيه محاباة » . فلا يجوز لمن احاط الدين بماله التصرف معارضة بمحاباة لان المحاباة من قبيل التبرع . اما فى كل من التفليس العام والتفليس الخاص ، فلا يجوز المعارضات اصلا ولو بغير محاباة . فظاهر أن ماجاء فى بداية المجتهد لابن رشد (جزء ٢ ص ٢٣٦ — ص ٢٣٧) انما يعرض لحالة المدين الذى يحيط الدين بماله ، لا لحالة التفليس العام ، كما سبق القول .

هكذا أن يكون المرهون بعض ماله وأن يكون فى معاملة حدثت بعد إحاطة الدين بماله وأن يكون الرهن قد اشترط فى تلك المعاملة وأن يكون الرهن لمن لا يتهم عليه وأن يكون الراهن صحيحاً وأن يصيب وجه الرهن ، قال بن لم أر من ذكر هذه الشروط ، وظاهر المدونة وابن عرفه والتوضيح وغيرهم أن الجواز مطلق . . والحاصل أنه يجوز للمدين الذى أحاط الدين بماله أن يرهن بعض ما بيده لبعض غرمائه فى معاملة حادثة أو قديمة على الإحاطة إذا أصاب وجه الرهن وكان ذلك المدين صحيحاً أو مريضا على أحد القولين كان المرتهن ممن لا يتهم عليه أم لا . قوله أى لمن أحاط الدين بماله : أى ولم تقم عليه الغرماء ، وأما المفلس بالمعنى الأعم وهو من قام عليه الغرماء فليس له أن يتزوج بالمال الموجود كما فى المدونة وابن الحاجب . . والظاهر منعه من تزوج ما زاد على الواحدة لعفته بها عادة ، ثم إن محل جواز تزوجه بالواحدة إذا كانت ممن تشبه نساءه لا إن كانت أعلى ، وأن يصدقها مثل صداقها فإن أصدقها أكثر من صداق مثلها فلغرمائه الزائد يرجعون عليها به وكان ذلك الزائد دينا لها عليه » . أنظر أيضا الخرشى جزء ٥ ص ٢٦٣ — ص ٢٦٤ .

(ب) وفى حالة التفليس العام — وتتحقق كما قدمنا بقيام الغرماء على المدين، دون أن يطلبوا من الحاكم الحجر عليه ، فيسجنونه ، أو يقومون عليه فيستتر منهم فلا يجدونه ، فيحولون بينه وبين ماله — تكون تصرفات المدين المفلس أكثر تقيداً إلى حد بعيد مما هى فى الحالة الأولى عندما يحيط الدين بمال المدين دون أن يقوم عليه الغرماء . وتقرب حالة التفليس العام كثيراً من حالة التفليس الخاص من ناحية السبب الذى ينشئها ، ومن ناحية الآثار التى تترتب عليها . فالتفليس العام سببه قيام ذى دين حل أجله أو كان حالا أصالة على المدين ، وليس للمدين من المال ما يفى بهذا الدين الحال . ولكن يختلف التفليس العام عن التفليس الخاص فى أن الغرماء فى التفليس العام لا يرفعون أمر المدين المفلس إلى الحاكم للحجر عليه ، كما سبق القول . والآثار التى تترتب على

التفليس العام تقرب كثيراً من الآثار التى تترتب على التفليس الخاص ، وهى أشد بكثير من الآثار التى تترتب على مجرد إحاطة الدين بمال المدين دون قيام الغرماء عليه . فالمدين فى حالة التفليس العام لايجوز له أن يتبرع بماله ، ولا يجوز له التصرف معاوضة ولو بغير محاباة ، ولا يجوز له أن يوفى دينا حل أجله أو لم يحل ، ولا يجوز له أن يرهن ماله ، ولا يعتبر إقراره إلا فى المجلس الواحد أو المجلس القريب ، ولا يجوز له التزوج من ماله الموجود ولو بواحدة . ويحول الغرماء بينه وبين ماله ، ويمنعونه من التصرف فيه على الوجه المتقدم ، ولهم أن يبيعوا هذا المال وأن يتحاصوا فى ثمنه . فلا يكاد يختلف التفليس العام عن التفليس الخاص من ناحية مايترتب عليه من الآثار إلا فى حلول الدين المؤجل ، فهو لايحل فى التفليس العام ويحل فى التفليس الخاص . ومن ثم تختلط حالة التفليس العام بحالة التفليس الخاص فى كثير من كتب الفقه المالكى ، فتجمع هذه الكتب بين الحالتين وتتكلم فيهما كأنهما حالة واحدة . وقد تختلط حالة التفليس العام بحالة إحاطة الدين بمال المدين كما وقع فى الشرح الكبير للدردير . على أن بعض كتبه الفقه المالكى تميز بين هذه الحالات الثلاث تميزاً واضحاً كما نرى فى الشرح الصغير للدردير وفى حاشية الدسوقى على الشرح الكبير للدردير .

جاء فى الشرح الصغير (انظر حاشية الصاوى جزء ٢ ص ١١٦ — ص ١١٧) : « والتفليس أعم وأخص . واعلم أن لمن أحاط الدين بماله ثلاثة أحوال : الأولى قبل التفليس وهى منعه وعدم جواز التصرف فى ماله بغير عوض . . . ويجوز بيعه وشراءه كما نبه عليه ابن رشد . الحالة الثانية تفليس عام ، وهو قيام الغرماء عليه ، ولهم سجنه ومنعه حتى من البيع والشراء والأخذ والعطاء ، نص عليه ابن رشد . ويقبل إقراره لمن لايتهم عليه إذا كان فى مجلس واحد أو قريبا بعضه من بعض . الحالة الثالثة تفليس خاص ، وهو خلع ماله لغرمائه . وإلى الأحوال الثلاثة أشار بقوله : الفلس إحاطة الدين بمال المدين فيمنعه الهبة ومافى معناها ، لا البيع والشراء والتصرف اللازم ، مالم تقم عليه

الغرماء . والتفليس الأعم قيام ذى دين حل أجله ، أو كان حالا أصالة، على مدين له ليس له ، أى للمدين ، من المال ما يفى به . . وقوله من تبرعه لا مفهوم له ، بل لهم منعه من بيعه وشرائه وأخذه وعطائه ، لأن التفليس الأعم مانع من ذلك كما نص عليه ابن رشد كما تقدم خلافاً لظاهر ابن عرفة ، بخلاف مجرد الإحاطة بلا قيـــام فلا تمنع المعاوضات بالبيع والشراء . . وله أى للغريم . . . رفع من أحاط الدين بمـــاله للحاكم فيحكم . . . بخلع ماله لغرمائه . . وهذا هو التفليس الأخص . واستشكل تسمية الأول بالأعم وهذا بالأخص بأن حقيقة الأعم ما يشمل الأخص وزيادة والأخص ما اندرج تحت الأعم كالإنسان والحيوان ، وليس الأمر هنا كذلك لأن جنس الأعم قيام الغرماء على المدين وجنس الأخص حكم الحاكم المذكور وهما متباينان. وأجيب بأن الأعمية والأخصية باعتبار الأحكام لا باعتبار الصدق ، ولا شك أن الثانى يمنع من كل ما منعه الأول لا العكس » . وجاء فى حاشية الصاوى (جزء ٢ ص ١١٦ — ص ١١٧) تعقيبا على ما تقدم : « قوله والتفليس أعم وأخص : فالأعم هو قيام الغرماء عليه الذى يترتب عليه خلع المال، والأخص خلعه بالفعل . . قوله ويجوز بيعه وشراؤه : أى بغير محاباة . قوله ومنعه حتى من البيع والشراء : أى ولو بغير محاباة . وقوله والأخذ والعطاء : كناية عن منعه من جميع التصرفات . . وإلى الأحوال الثلاثة الخ : لكن تسميته فى الحالة الأولى مفلسا باعتبار التهيؤ والصلاحية لا بالفعل . . قوله فلا تمنع المعاوضات بالبيع والشراء : أى بغير محاباة . . . قوله لا باعتبار الصدق : أى لا باعتبار المفهوم لتباين المفهومين . . قوله لا العكس : أى فإن الأول يمنع التبرعات ولا يشمل سائر التصرفات ولا يحل به المؤجل . ولا يقال هذا البحث لا يرد لأن جنسهما واحد لأن الأعم هو قيام الغرماء والأخص هو قيام الغرماء مع الحكم بخلع ماله فى الجنس فى كل واحد وإنما يتميز الثانى بالفصل الذى هو قولنا مع الحكم بخلع ماله ، لأننا نقول هم لم يجعلوا قيام الغرماء فى الأخص جزءا من التعريف بل شرطا للحكم فلم يكن من الماهية تأمل » .

وجاء فى الشرح الكبير (أنظر حاشية الدسوقى جزء ٣ ص ٢٦٤) : « ولما أنهى الكلام على التفليس بالمعنى الأعم ، وهو قيام الغرماء على من أحاط الدين بماله ، شرع فى الكلام عليه بالمعنى الأخص ، وهو حكم الحاكم بخلع ما بيده لغرمائه لعجزه عن وفاء ما عليه » . ويقول الدسوقى فى حاشيته (جزء ٣ ص ٢٦٤ — ص ٢٦٥) تعقيباً على ذلك : « قوله ولما أنهى الكلام على التفليس بالمعنى الأعم الخ : هذا غير صحيح ، لأنه إنما تكلم فيما تقدم على إحاطة الدين بماله ، وذلك ليس بتفليس بل حالة قبله . وقد يقال إن ما سبق من قوله وللغريم منع من أحاط الدين بماله يشير لقيام الغرماء وهو التفليس بالمعنى الأعم . والحاصل أن المدين له ثلاثة أحوال : الحالة الأولى إحاطة الدين بماله قبل التفليس . فلا يجوز له فى هذه الحالة إتلاف شىء من ماله بغير عوض فيما لا يلزمه ، فلا يجوز له هبة ولا صدقة ولا عتق ولا حبس ولا إقرار بدين لمن يتهم عليه ، وإذا فعل شيئاً من ذلك كان للغرماء إبطاله . ويجوز تصرفه إذا كان ذلك التصرف مالياً . وإلى هذه الحالة أشار المصنف بقوله للغريم منع من أحاط الدين بماله . الحالة الثانية قيام الغرماء عليه فيسجنونه ، أو يقومون عليه فيستتر منهم فلا يجدونه ، فيحولون بينه وبين ماله ، ويمنعونه من التبرعات والتصرفات المالية بالبيع والشراء والأخذ والعطاء ولو بغير محاباة ، ومن التزوج ، ولهم قسم ماله بالمحاصاة . وهذه الحالة سكت المصنف عنها ولم يذكرها . الحالة الثالثة حكم الحاكم بخلع ماله للغرماء لعجزه عن قضاء ما لزمه . ويترتب على هذه الحالة أيضاً منعه من التبرعات والتصرفات المالية ، وقسم ماله بين الغرماء ، وحلول ما كان مؤجلا من الدين . وإلى هذه الحالة أشار المصنف بقوله وفلس حضر أو غاب ، كما قال الشارح تبعاً لغيره . ويحتمل أنه أشار بقوله وفلس الخ للحالة الثانية والثالثة كما قال بعضهم ، والمعنى حينئذ وحجر عليه بسبب طلبه بدين حل عليه أعم من أن يكون ذلك الحجر من قيام الغرماء أو من حكم الحاكم بخلع ماله . والحالة الثانية تسمى فلساً بالمعنى الأعم ،

والثالثة تسمى فلسا بالمعنى الأخص . والأعمية والأخصية باعتبار التحقق ، لأن حكم الحاكم بخلع المال إنما يكون بعد قيام الغرماء ، فكلما وجد الأخص وجد الأعم ، ولا عكس إذ قد يقوم الغرماء على المدين من غير أن يرفعوا الأمر للحاكم ، كذا قرر شيخنا ».

الفقه المالكي يشتمل على الأسس التي تقوم عليها الدعوى البولصية :

ونرى مما قدمناه أن أسس الدعوى البولصية المعروفة فى الفقه الغربى قائمة فى الفقه المالكى . فى هذا الفقه لا تتقيد تصرفات المدين بعد الحجر فحسب ، بل هى أيضاً تتقيد قبل الحجر . ويقوم تقييد تصرفات المدين قبل الحجر على نفس الأسس التى تقدم عليها الدعوى البولصية . فهناك مدين أحاط الدين بماله ، وهذا هو المدين المعسر بالمعنى المعروف فى الدعوى البوليصية . وكل تصرف يصدر من هذا المدين ويكون ضاراً بدائنيه لا يسرى فى حق هؤلاء الدائنين . ويشترط فى المدين أن يكون عالماً بإعساره . ويشترط فى التصرف أن يكون تصرفاً مفقراً يجرد المدين من ماله دون مقابل وأن يكون سببا فى إعسار المدين أو فى زيادة إعساره . أليس من اليسير أن نتعرف فى مجموع هذه الأحكام وجه الدعوى البولصية ، وأن نرى معالم هذه الدعوى ترتسم فى خطوطها الرئيسية ؟

المطلب الثالث

الغـــير

فى الفقه الإسلامى لا يسرى العقد فى حق الغير:

العقد فى الفقه الإسلامى ، لا ينصرف أثره إلى الغير الأجنبى تماما عن العقد ، فإذا أبرم أحد الشركاء عقداً لم ينصرف أثر هذا العقد إلى بقية الشركاء . وكذلك العقد الذى يبرمه أحد الورثة ، دون أن يمثل فيه التركة ، لا يسرى

فى حق باقى الورثة . وبيع الفضولى لا يسرى فى حق المالك إلا إذا أجاز ، وبيع المأجور والمرهون لا يسرى فى حق المستأجر أو المرتهن .

فالآثار التى تترتب على العقد — التزاما أو حقا — لا تنصرف الى الغير فى الفقه الإسلامى . وإذا كان الفقه الغربى ، كما رأينا ، لا يجيز أن ينصرف الالتزام إلى الغير ولكن يجيز أن ينصرف الحق ، فإن الفقه الإسلامى لا يجيز أن ينصرف إلى الغير لا الالتزام ولا الحق .

فلا يجوز فى الفقه الإسلامى التعهد عن الغير بحيث يلتزم الغير بهذا التعهد [1] ، وفى هذا يتفق الفقه الاسلامى مع الفقه الغربى . كما لا يجوز الاشتراط لمصلحة الغير بحيث يكسب الغير حقاً بهذا الاشتراط ، وفى هذا يختلف الفقه الاسلامى عن الفقه الغربى . ويجدر أن ننظر مع ذلك كيف يمكن فى الفقه الاسلامى مواجهة النظامين القانونيين اللذين يعرفهما الفقه الغربى : التعهد عن الغير والاشتراط لمصلحة الغير .

كيف يواجه التعهد عن الغير فى الفقه الاسلامى :

إذا أراد شريكان فى الشيوع التصرف فى الشىء الشائع ، وكان أحدهما قاصراً ، فقد رأينا فى الفقه الغربى أن الشريك الآخر ، حتى يتجنب

---

(١) ويقول الاستاذ شفيق شحاتة فى هذا المعنى : « القاعدة كما قلنا ان العقد لايمكن ان يضر بغير المتعاقدين . وهذه القاعدة مطردة . من ذلك انهم قالوا ان الثمن لايمكن اشتراط دفعه على غير المشترى ، وان الاتفاق على ان شخصا اجنبيا عن العقد يقرض البائع لاقيمة [illegible]
بتسليم المبيع » (النظرية العامة للالتزامات فى الشريعة الاسلامية فقرة ١٨٨) .

ومع ذلك يبدو ان حوالة المدين فى الفقه الحنفى تحقق صورة فيها يلتزم شخص بعقد لم يكن طرفا فيه . فاذا فرضنا ان المحال عليه كان مدينا للمحيل ، فانه لاضرورة فى هذه الحالة لرضاء المحال عليه بالحوالة . واذا اتفق المحيل مع المحال على ان يتحول هذا بالدين الذى له على المحال عليه ، تمت الحوالة . ومن ثم يصبح المحال عليه — وليس طرفا فى عقد الحوالة لان رضاءه غير ضرورى كما قدمنا — ملتزما بهذا العقد نفسه ان يفى الدين للمحال . على ان هذه حالة مقصورة على حوالة الدين ، ولا يجوز ان تتعدى الحوالة الى غيرها من العقود .

الإجراءات المعقدة التى يستلزمها استئذان المحكمة فى بيع نصيب القاصر ، يستطيع أن يتعهد للمشترى بأن القاصر يبيع هو أيضاً نصيبه للمشترى إذا بلغ سن الرشد . فيكون الشريك البائع قد تعهد عن الغير — والغير هنا هو شريكه القاصر — فالتزم بعمل ، هو حمل القاصر عند بلوغه سن الرشد على أن يبيع نصيبه للمشترى . ويلاحظ هنا أن الشريك البائع لم يبع فوراً نصيب القاصر ، حتى يكون هذا بيع ملك الغير موقوفاً على إجازة القاصر عند بلوغه سن الرشد . بل هو تعهد بأن القاصر يبيع نصيبه عند بلوغه سن الرشد، فيكون هذا تعهداً عن الغير وليس بيعاً لملك الغير . والفرق بينهما أن التعهد عن الغير فى حاجة لتنفيذه إلى عقد جديد ، أما بيع ملك الغير فلا يحتاج إلا إلى إجازة البيع الأول .

والفقه الإسلامى ، فى حدود الصور المألوفة فيه ، يعرف صورة بيع ملك الغير تحت اسم بيع الفضولى ، ولا يعرف صورة التعهد عن الغير . فالأوفق إذن ، عند مواجهة الفرض الذى نحن بصدده فى الفقه الإسلامى ، أن يلجأ الشريك غير القاصر إلى بيع الفضولى . فيبيع كأصيل نصيبه فى الشىء الشائع ، ويبيع كفضولى نصيب شريكه القاصر ، على أن يجيز القاصر عند بلوغه سن الرشد بيع نصيبه .

ويختلف بيع الفضولى فى الفقه الإسلامى على هذا النحو عن صورة التعهد عن الغير فى الفقه الغربى من الوجوه الآتية : (١) الشريك الفضولى يعقد بيعاً تاماً ، أما المتعهد عن الغير فيعقد مجرد التزام بعمل هو حمل الغير على أن يعقد بيعاً تاماً . (٢) إذا أجاز القاصر فى صورة بيع الفضولى فإنه يجيز عقد البيع نفسه الذى صدر من الفضولى ، أما إذا أجاز فى صورة التعهد عن الغير فإنه يبرم عقد بيع جديد ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك . (٣) إذا لم يجز القاصر فى صورة بيع الفضولى ، فالشريك الفضولى لا يكون مسئولا نحو المشترى ، فإنه قد تقدم للمشترى كفضولى والمشترى على بصيرة من ذلك .

أما إذا لم يجز القاصر فى صورة التعهد عن الغير ، فإن شريكه الذى تعهد عنه يكون مسئولا نحو المشترى عن التعويض أو عن تنفيذ التعهد بنفسه .

كيف يواجه الاشتراط لمصلحة الغير فى الفقه الاسلامى :

يبدو أن الاشتراط لمصلحة الغير على النحو المعروف فى الفقه الغربى غير جائز فى الفقه الإسلامى . وهذا ما يقرره بعض الفقهاء الذين اشتغلوا بمقارنة الفقه الإسلامى بالفقه الغربى . فيقول الدكتور صبحى محمصانى فى كتابه « النظرية العامة للموجبات والعقود فى الشريعة الاسلامية » (جزء ٢ ص ٢٢٩) : « إن الشريعة الإسلامية لم تقر ذلك (أى الاشتراط لمصلحة الغير) . نعم فى الوقف يجوز للواقف أن يشترط استحقاق الوقف لأشخاص معينين أو غير معينين أو غير موجودين ولكن هذا له أحكامه الخاصة المعروفة فى كتب الوقف، وعلى كل حال ليس له علاقة بالعقود » . ويقول الأستاذ شفيق شحاته فى كتابه « النظرية العامة للالتزامات فى الشريعة الإسلامية » (فقرة ١٨٩): « أما التعاقد لمصلحة الغير، فلا يظهر من النصوص أنه جائز . وقد وجدنا بعض حالات اشترط فيها المتعاقدان شروطا لمصلحة أجنبى عن العقد، وفى حالة كاف شخص آخر أن يقوم بعد موته بدفع مبلغ لثالث ، وهذا المبلغ يقر الشخص الأول بأنه لهذا الثالث . » (١)

ويعرض كثيراً فى التعامل ما يستدعى الالتجاء إلى نظام الاشتراط لمصلحة الغير المعروف فى الفقه الغربى ، وقد سبق أن بسطنا القول فى ذلك . ونفرض

---

(١) وظاهر فى هذه الحالة أن العقد لاينشىء حقا للمنتفع ، اذ أن المشترط يقر أن الحق هو للمنتفع قبل العقد . هذا ويجوز جعل خيار الشرط لاجنبى عن العقد ، فيتعدى أثر العقد بذلك الى غير طرف فيه ، ولكن الاجنبى هنا يعتبر نائبا عن العاقد صاحب الخيار ، فيثبت الخيار لكل من الاجنبى والعاقد . وقد جاء فى بعض النصوص أن شخصاً يستطيع أن يطلب الى اخر ان يكفل هذا الاخر بنفس فلان لدائن أجنبى عن العقد ، فاذا قال الاخر كفلت تمت الكفالة . وهذا ماجاء فى فتح القدير (جزء ٥ ص ٧٦) « قال اكفل بنفس فلان لفلان ، قال كفلت ، تمت الكفالة . فاذا كان غائبا ، فقدم وأجاز كفالته ، جاز » فهل يقال هنا ان أحد المتعاقدين قد اشترط على الاخر ان يكفل هذا الاخر شخصا لدائن ليس طرفا فى العقد ، فيكون قد اشترط لمصلحة هذا الدائن ؟ يبدو أن هذا غير صحيح ، لان الايجاب لايكون بصيغة الامر . والظاهر ان الكفالة قد تمت بارادة الكفيل وحده ، وقد اجازها الدائن المكفول له .

مثلا أن شخصا يبيع عيناً من آخر ، ويريد أن يشترط على المشترى أن يدفع الثمن لدائنه سداداً للدين الذى عليه ، فكيف يمكن أن يتحقق ذلك فى الفقه الإسلامى ؟ يبدو أنه يمكن تحقيق هذا الغرض ، فى الفرض الذى نحن بصدده ، عن طريق حوالة الدين . فيتفق كل من البائع والمشترى ودائن البائع على أن يحيل البائع دائنه على المشترى . وغنى عن البيان أن هناك فروقا بين حوالة الدين على هذا النحو وبين الاشتراط لمصلحة الغير ، أظهرها أن الدائن ، فى الفرض المتقدم الذكر ، يكون فى الحوالة طرفا فى العقد ، وهو أجنبى عن العقد فى الاشتراط لمصلحة الغير .

الفرع الثانى

العاقد نائب عن غيره

المبحث الأول

النيابة فى التعاقد

فى الفقـــه الغربى

التطور التاريخى للنيابة فى التعاقد :

النيابة فى التعاقد هى حلول إرادة النائب فى تصرف قانونى محل إرادة الأصيل ، مع انصراف أثر التصرف إلى شخص الأصيل كما لو كانت الإرادة قد صدرت منه هو . ونرى من ذلك أن التعاقد مع الغير بطريق نائب يكون من شأنه أن العقد يتم بين النائب والغير فهما المتعاقدان ، ومع ذلك ينصرف أثر العقد إلى الأصيل ولو أنه لم يباشر العقد بنفسه . ولكن فكرة النيابة قد تطورت تطوراً خطيراً ، حتى أصبح مسلما فى الفقه الغربى أن النائب الذى

باشر العقد لا يعتبر طرفا فيه ، أما الأصيل الذى لم يباشر العقد فهو الطرف . ومن ثم يبدو أن انصراف أثر العقد إلى الأصيل — وهو طرف فى العقد كما قدمنا — أمر طبيعى ليس فيه أى استثناء من القاعدة التى تقضى بأن أثر العقد إنما ينصرف إلى العاقدين دون غيرهما .

على أن هذه النتيجة لم يصل إليها الفقه الغربى إلا بعد تطور طويل كما سبق القول . فقد كان القانون الرومانى لا يسلم أن أثر العقد ينصرف إلى الأصيل دون النائب ، بل كان يجعل من باشر العقد — أصيلا كان أو نائبا — هو العاقد وهو الذى ينصرف إليه أثر العقد . ويقال عادة إن ذلك مرجعه إلى أمور ثلاثة :

(الأمر الأول) ما تركته الأوضاع والشكليات فى العقود من أثر تخلف عنها ، فقد كان العقد الشكلى فى القانون الرومانى لا يباشره إلا العاقد نفسه ، ولا ينصرف أثر العقد إلا إلى من باشره لأنه هو الذى يقوم بالأوضاع والأشكال التى يتطلبها العقد . فكان من الصعب التسليم أن شخصاً يقوم بما يستوجبه العقد من شكليات ثم ينصرف أثر العقد إلى غيره ، فإن الشكليات لا تجوز النيابة فيها . وعندما تحررت الإرادة من الشكلية فى بعض العقود ، بقى مع ذلك هذا الأثر ولم يسلم القانون الرومانى جواز النيابة فى التعاقد .

(الأمر الثانى) أن الالتزام فى القانون الرومانى كان رابطة شخصية محضة ، فإذا نشأت هذه الرابطة بين الشخصين اللذين باشرا العقد ، فقد كان من الصعب التسليم أنها تمتد إلى شخص ثالث يعتبر هو الأصيل ، مع زوالها عن النائب وهو أحد الشخصين الأصليين اللذين عقدت بينهما الرابطة .

(الأمر الثالث) أن التسليم بفكرة النيابة يقتضى الفصل بين العلة والمعلول ، فالمعلول يترتب فى شخص من باشر العلة ، والنيابة تستلزم أن يباشر النائب العلة وأن يترتب المعلول فى شخص الأصيل .

وانبنى على عدم جواز النيابة فى التعاقد فى القانون الرومانى أن الشخص إذا كان وكيلا عن شخص آخر ، فإن أثر العقد ينصرف إلى الوكيل لا إلى الموكل ، وعلى الوكيل بعد ذلك بموجب عقد الوكالة أن ينقل إلى الموكل الآثار التى انصرفت إليه من حقوق والتزامات .

ولكن مقتضيات التعامل ما لبثت أن أحدثت ثغرات فى مبدأ انتفاء النيابة فى القانون الرومانى . وبدأ ذلك بنيابة الابن والعبد ومن فى حكمهما عن رب الأسرة ، ولكن فى جعله دائنا لا مدينا . فكان الابن ، أو من فى حكمه ، يستطيع أن يتعاقد مع أجنبى على حق ينصرف إلى رب الأسرة ، ويستطيع هذا بموجب دعوى مباشرة أن يطالب الأجنبى بالحق . ومهد لذلك أن الابن أو من فى حكمه كان أقرب إلى أن يكون يداً لرب الأسرة منه نائبا عنه ، وأن الولد وماله لأبيه . وكان الابن فى أول الأمر لا يستطيع أن يتعاقد نيابة عن رب الأسرة فى التزام ينصرف إلى رب الأسرة ، ثم تطور القانون الرومانى فأجاز ذلك ، ولكن فى حدود معينة . ومما دعا إلى هذا الأمر أن الابن كان يستطيع أن ينوب عن رب الأسرة فى الشراء فيجعله مالكا للمبيع ، فاقتضى ذلك بعد تطور أن يكون رب الأسرة مدينا أيضاً بالثمن . وقد واجهت نيابة الابن ومن فى حكمه عن رب الأسرة الحاجات العملية دهوراً طويلة ، فأغنت عن ظهور النيابة كقاعدة عامة .

ومن ثم كانت القاعدة ، فى التعاقد بغير وساطة الابن ومن فى حكمه ، انتفاء النيابة . فإذا وكل شخص آخر فى عقد يباشره مع أجنبى ، فالأجنبى لا صلة له إلا بالوكيل فلا يستطيع أن يرجع على الموكل ، وكذلك الموكل لا صلة له إلا بالوكيل فلا يستطيع أن يرجع على الأجنبى . فلم تكن هناك علاقة مباشرة بين الموكل والأجنبى ، وكان أثر العقد يقف عند الوكيل ولا ينصرف إلى الموكل . غير أن مقتضيات التعامل ، هنا أيضا ، أدخلت بالتدريج استثناءات مختلفة على هذه القاعدة ، نذكر منها ثلاثة : (١) إذا

كان من باشر العقد نائبا بحكم القانون ، كالولى والوصى والقيم ، فإن أثر العقد من حقوق والتزامات كانت تنصرف إلى الأصيل أى المحجور ، فكان فى هذا اعتراف كامل بالنيابة . (٢) فى العقود التى لا تتم إلا بالقبض، كانت النيابة جائزة فى القبض . فكان يجوز بعد تمام البيع أن ينوب عن البائع شخص آخر فى تسليم المبيع إلى المشترى ، فتنتقل الملكية إلى المشترى بالقبض (traditio) الذى تم بوساطة النائب . وقد أجيزت النيابة فى القبض لأنه عمل مادى — فالنائب مجرد أداة مادية ولم تحل إرادته محل إرادة الأصيل — وليس تصرفا قانونيا ولا عملا شكليا ،فصح أن يقوم به صاحب الشأن نفسه كما صح أن يقوم به نائب عنه . أما النيابة فى المعاطاة(maneipatio) وفى التنازل القضائى (jure in cessio) — وهما عملان شكليان — فلم تكن جائزة . ويخلص من ذلك أن الملكية التى تنتقل بالقبض كان من الممكن أن تنتقل بطريق النيابة ، فى حين أن الالتزام كان لا يمكن أن ينشأ بطريق النيابة . فالنائب كان يستطيع أن يسلم المبيع إلى المشترى فينقل إليه ملكيته، ولكن كان لا يستطيع أن يجعل المشترى مدينا بالثمن للأصيل ، بل يكون المشترى مدينا بالثمن للنائب . وكان يجوز فى القرض أن يسلم وكيل عن المقرض النقود إلى المقترض فيتم عقد القرض بهذا القبض الذى أجراه الوكيل ، ويصبح المقترض مدينا لا للوكيل عن المقرض بل للمقرض نفسه . ذلك أن التراضى لم يكن له أثر فى تكوين عقد القرض ، بل الإعطاء — وينطوى على عنصرى التسليم ونية الإعطاء على سبيل القرض — هو الذى ينشىء العقد .ومن ثم جاز بعد ذلك التوكيل فى الاقتراض كما جاز التوكيل فى الإقراض ، ثم ألحق بالقرض فى جواز النيابة سائر العقود العينية [1] —

---

(١) ويقول الاستاذ شفيق شحاته ان التسليم فى العقد العينى يؤدى الوظيفة التى تؤديها الالفاظ فى العقد اللفظى ، واذا كان هناك اتفاق مستتر وراء الالفاظ أو وراء التسليم ، فلا ترد اليه أبدا الالتزامات الناشئة عن العقد اللفظى أو العينى ، وذلك بخلاف الحال فى العقد الرضائى . وهذا يفسر لماذا ينشأ الالتزام بالرد فى الحال ، ولماذا يكون مقصورا على رد مثل الشىء المقترض دون زيادة ، أما الفوائد فلا بد فى الالتزام بها من عقد مستقل كان فى الغالب عقدا لفظيا (النيابة فى التصرف القانونى — مذكرات غير مطبوعية لقسم الدكتوراه ص ٢٢ — ص ٢٣) .

العارية والوديعة والرهن — وكذلك الهبة . (٣) فى غير ماتقدم من العقود إذا تعاقد الشخص بوكيل وباشر الوكيل العقد مع الغير ، فقد كان الغير يرجع كما قدمنا على الوكيل . فأجيز له أيضا أن يرجع على الموكل بدعوى مباشرة ، مع استبقاء دعواه الأصلية قبل الوكيل . وإلى هنا وقف التطور ، فكان للغير أن يرجع على الوكيل دون الموكل إذا شاء ، ولم يكن للموكل أن يرجع بدعوى مباشرة على الغير إطلاقا . ومعنى ذلك أن الشخص كان يستطيع عن طريق وكيل أن يكون مدينا ، ولكن كان لا يستطيع أن يكون دائنا بوكيل . فيبقى الوكيل هو الدائن للأجنبي ، وينقل الحق الذى كسبه بالعقد إلى الموكل بعد ذلك[١] .

وكان الوكيل فى القانون الرومانى يتعاقد باسمه لا باسم موكله ، لأن الحقوق والالتزامات الناشئة من تعاقده تنصرف إليه هو لا إلى موكله كما سبق القول ، ولو تعاقد باسم موكله لما انصرف أثر العقد إلى الموكل ؛ مالم يكن قد تصرف بناء على تعليمات محددة صدرت إليه من موكله ، وعند ذلك يعتبر رسولا (nuntius) ويكون الموكل هو العاقد فينصرف إليه أثر العقد[٢] .

وسار الأمر فى القانون الفرنسى القديم على هذا النهج من انتفاء النيابة فى التعاقد حتى القرن السادس عشر ، ثم اعترف بالنيابة فجاز للشخص أن يتعاقد بوكيل مدينا كان أو دائنا . ويغلب أن يكون السبب فى هذا التطور راجعاً إلى القانون الكنسى ، فهذا القانون ، بعد أن حرر الإرادة من الشكل

---

(٢) جيرار ص ٦٧٨ وص ٦٩٠ .

(٣) وقد يكون الرومان استغنوا عن الوكيل بالرسول اذا أريد أن ينصرف أثر العقد الى الموكل ، ثم اختلط الامر بين الوكيل الذى يتعامل باسم موكله والرسول (الاستاذ شفيق شحاتة : النيابة فى التصرف القانونى ص ٤٤ — ص ٤٦) . ويبدو ان الفقه الاسلامى — كما سنرى — هو الذى خطا هذه الخطوة ، فقاس الوكيل الذى يضيف العقد الى الموكل على الرسول ، دون أن يخلط مابين الوكيل والرسول .

وجعلها وحدها كافية لإنشاء الالتزام ، أجاز أن ينوب شخص عن آخر فى تصرف قانونى يباشره بالوكالة عنه [١] .

مصادر النيابة :

والنيابة إما أن تكون نيابة قانونية إذا كان المصدر الذى يضفى على النائب صفته هو القانون ، كما فى الولى والفضولى والدائن الذى يستعمل حق مدينه . وإما أن تكون نيابة قضائية إذا كان القضاء هو الذى يعين النائب ، كما فى الوصى والقيم والحارس القضائى والسنديك . وإما أن تكون نيابة اتفاقية إذا كانت نتيجة لاتفاق بين الأصيل والنائب ، كما فى الوكيل .

ويلاحظ أن المصدر الذى يستمد منه النائب صفته ليس هو حتما المصدر الذى يحدد مدى ولاية النائب . فالذى يحدد مدى ولاية النائب فى كل من النيابة القانونية والنيابة القضائية هو القانون دائما ، والذى يحدد مدى ولاية النائب فى النيابة الاتفاقية هو الاتفاق . ومن ثم تكون نيابة الوكيل نيابة اتفاقية بالنسبة إلى كل من المصدرين ، المصدر الذى يضفى صفة النيابة والمصدر الذى يحدد مدى ولاية النائب . وتكون نيابة كل من الولى والفضولى والدائن نيابة قانونية بالنسبة إلى كل من المصدرين كذلك . وتكون نيابة كل من الوصى والقيم والحارس والسنديك نيابة قضائية بالنسبة إلى المصدر الذى يضفى صفة النيابة ، ونيابة قانونية بالنسبة إلى المصـــدر الذى يحدد مدى ولاية النائب .

ويجب تمييز النيابة عن الوكالة . فقد توجد النيابة دون وكالة ، ويقع ذلك فى كل نيابة قانونية أو قضائية كالولى والوصى والسنديك . وقد توجد الوكالة دون نيابة ، ويقع ذلك فى عقد المسخر أو الاسم المستعار

---

(١) الاستاذ رواست : النيـــابة فى التصرفات القانونية ـ مذكرات غير مطبوعة لقســم الدكتوراه ص ٤١ ـ ص ٤٢ .

(prête-nom) وفى عقد الوكيل بالعمولة (commissionnaire) عندما يتعاقد الوكيل باسمه الشخصى لا بصفته نائباً وسنعود إلى بيان ذلك .

مسائل ثلاث :

والنيابة لا تتحقق إلا بشروط معينة ، وتترتب عليها آثار خاصة ، وقد ينوب شخص واحد عن طرفى العقد أو يتعاقد شخص أصيلا عن نفسه ونائبا عن غيره فيبدو فى الفرضين أن الشخص يتعاقد مع نفسه ، وهذه حالة هامة من أحوال النيابة نفردها بالذكر .

فنبحث إذن فى النيابة مسائل ثلاثا : (١) شروط تحقق النيابة (٢) آثار النيابة (٣) تعاقد الشخص مع نفسه .

المطلب الأول

شروط تحقق النيابة

حصر هذه الشروط :

حتى تتحقق النيابة يجب توافر شروط ثلاثة : (١) أن تحل إرادة النائب محل إرادة الأصيل . (٢) وأن تجرى إرادة النائب فى الحدود المرسومة للنيابة . (٣) وأن يتعامل النائب باسم الأصيل لا باسمه الشخصى .

١ — حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل

النائب يعبر عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل — النائب والرسول :

كان الفقه التقليدى — وعلى رأسه أعلام من الفقهاء من أمثال سافينى ولابيه وبلانيول وجنى — يذهب إلى أن النائب يتقمص شخص الأصيل فيتكلم بلسانه ، ويعبر عن إرادته . وقد هجر الفقه الحديث هذا الرأى ، وهو الآن يذهب إلى أن النائب إنما يعبر عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل ،

وذلك بالقدر الذى لا يتلقى فيه تعليمات محددة من الأصيل فينفذها كما تلقاها إذ يكون فى هذه الحدود معبراً عن إرادة الأصيل لا عن إرادته هو . وهذا الرأى الجديد يوضح أمرين :

(أولا) مايميز النيابة من طابع جوهرى . فمادام النائب يعبر عن إرادته هو فإن خصوصية النيابة تبرز بروزاً واضحاً ، فهو يعبر عن إرادته ومع ذلك ينصرف أثر هذه الإرادة إلى الأصيل لا إلى نفسه .

أما فى الرأى التقليدى الذى كان يذهب إلى أن النائب يعبر عن إرادة الأصيل ، فإن النيابة لم تكن تتميز بشىء خاص ، ولم تكن إلا تطبيقاً محضاً للقواعد العامة . فمادام النائب يعبر عن إرادة الأصيل ، فالطبيعى أن ينصرف أثر العقد إلى صاحب الإرادة وهو الأصيل ، وغير الطبيعى أن ينصرف إلى غير صاحبها وهو النائب . ولكن القول بأن النائب يعبر عن إرادة الأصيل كان قائماً على ضرب من الافتراض القانونى أو الحيلة القانونية (fiction) ، إذ يفترض أن الأصيل لا النائب هو الذى أبرم العقد مع الغير ، وإن إرادة النائب ليست إلا إرادة الأصيل . وإذا أمكن أن نتصور هذا فى حالة الوكالة عندما يصدر الموكل للوكيل تعليمات جامعة مانعة يسير بموجبها ولا يجوز له أن ينحرف عنها ، فيكون الوكيل إذ ذاك أقرب إلى أن يكون رسولا ، فإن هذا صعب التصور فى حالة ما إذا كان الوكيل مفوضاً فى أن يتصرف برأيه ، حيث يبدو فى وضوح إن الإرادة هى إرادة الوكيل ومع ذلك ينصرف أثرها إلى الموكل . بل يتعذر تصور هذا فى حاله الفضولى ، وهو يتصرف دون إذن من الأصيل ودون علمه ، فالإرادة لاشك إرادة الفضولى والأثر ينصرف إلى الأصيل . ويتعذر تصور هذا بوجه خاص فى حالة الولاية والوصاية والقوامة ، حيث يستحيل القول إن الإرادة هى إرادة المحجور لا إرادة الولى ، إذ إرادة المحجور ناقصة بل قد تكون معدومة ، ومن أجل هذا فرضت عليه النيابة . ويتعذر تصور هذا إطلاقاً فى حالة الحارس القضائى ، فهو يتصرف فى المال الموضوع تحت حراسته بإرادته هو لا بإرادة الأصيل ، ويتصرف غالباً رغم إرادة الأصيل .

ومن ثم تحول الفقه الحديث ، يقوده أعلام من الفقهاء من أمثال إهرنج وديموج وكابيتان وبولانجيه ورواست وبيلون — إلى القول بأن النائب يعبر عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل . ويعلل بيلون كيف تكون الإرادة إرادة النائب وينصرف أثرها مع ذلك إلى الأصيل بأن الالتزام لم يعد ، كما كان فى القانون الرومانى ، رابطة ما بين شخصين ، بل هو رابطة ما بين ذمتين ماليتين . وإذا صعب أن نتصور أن أرادة شخص تحل محل إرادة شخص آخر ، فإنه لا يصعب أن نتصور أن إرادة شخص ينصرف أثرها إلى مال شخص آخر . ويؤخذ على هذا التعليل أنه يفصل ما بين الشخص وذمته المالية ، وأنه إذا صلح فى النيابة على مجموع المال كما فى الولاية والوصاية فإنه لا يصلح فى تصرف معين حيث يقتصر أثر النيابة على شيء معين بالذات . وقد أورد الفقيهان ليفى إيلمان وبوبسكو راميسيانو تعليلا آخر ، فقالا إن النيابة وصف من أوصاف التصرف القانونى كالشرط والأجل ، فالتصرف القانونى البسيط تكون الإرادة فيه إرادة المتصرف وينصرف أثر الإرادة إليه ، أما فى التصرف القانونى الموصوف « بوصف النيابة » فالإرادة إرادة النائب وينصرف أثرها إلى الأصيل بتسليط من الأصيل نفسه أو من القانون . ويرد على هذا الرأى بأن الوصف أمر عارض يأتى بعد أن يستكمل التصرف كل مقوماته ، أما النيابة فهى تتصل بصميم التصرف القانونى إذ تعين طرف العقد الذى ينصرف إليه أثره وهذا ركن من أركان العقد وليس بأمر عارض . هذا إلى أنه فى الوكالة لا ينصرف الأثر إلى الموكل بإرادة الوكيل وحده ، بل أيضا بإرادة الموكل نفسه فهو الذى سلط الوكيل على التصرف . ومن ثم قام فقهاء — متيس فى ألمانيا وكوربسكو فى فرنسا وتارتوفارى فى إيطاليا — يقولون إن الأثر ينصرف إلى الموكل باشتراك إرادته مع إرادة الوكيل ، أما فى النيابة القانونية فالقانون يحل إرادة النائب محل إرادة الأصيل . وذهب كلاريز إلى أن إرادة النائب — وحدها أو مشتركة مع إرادة الأصيل — هى التى تحدد نطاق الالتزام contenu de l'obligation ، أما الذى يخلق الرابطة القانونية lien de droit

ما بين نطاق الالتزام وذمة الأصيل فهى إرادة الأصيل فى النيابة الاتفاقية والقانون ذاته فى النيابة القانونية .(١)

وإلى هنا رأينا الفقهاء ينقسمون ، بعضهم يربط أثر النيابة بإرادة الأصيل وبعضهم يربط هذا الأثر بإرادة النائب . أما ديجيه ، الفقيه الفرنسى المعروف فيذهب إلى أن الصعوبة فى هذه المسألة قد قامت من جراء ربط الأثر القانونى بالإرادة ، بينما القانون وحده لا الإرادة هو الذى يرتب الآثار القانونية ، وقد رتب القانون على إرادة النائب آثارا تنصرف إلى الأصيل . ويرى مادريه (Madray) أن القانون وإن كان هو الذى رتب الأثر وصرفه إلى الأصيل ، إلا أن القانون فى ذلك لابد أن تحركه الإرادة ، والإرادة التى حركته هى الإرادة المشتركة للنائب والأصيل فى النيابة الاتفاقية وإرادة النائب وحده فى النيابة القانونية .

وبعد استعراض كل هذه المناقشات الفقهية ، نقرر أن النائب يعبر عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل ، وهو مع ذلك يكسب الأصيل حقاً أو يرتب فى ذمته التزاماً . ذلك لأننا خرجنا عن نطاق القاعدة الرومانية الضيقة التى كانت تقضى بأن أثر الإرادة لا ينصرف إلا إلى صاحبها ـ وهذا ما كانت تقتضيه الشكلية وفكرة الرابطة الشخصية للالتزام فى القانون الرومانى — إلى نطاق قاعدة أوسع تقضى بأن الإرادة بعد أن تحررت من قيودها بالنسبة إلى الموضوع تتحرر أيضاً من قيودها بالنسبة إلى الأشخاص ، فينصرف أثرها إلى غير صاحبها ، وقد رأينا مثل ذلك فى الاشتراط لمصلحة الغير . ونلاحظ هنا أموراً ثلاثة : (١) إننا لا نقول كما يقول ديجيه إن الإرادة لا ترتب أثراً بل القانون هو الذى يرتبه ، بل نحن نقول إن الارادة هى التى ترتب بل هى هنا ترتب أثرا بعيد المدى يتعدى صاحبها إلى غيره (٢) إن الإرادة هنا لا تقتصر على إنشاء حق للغير كما فعلت فى الاشتراط لمصلحة الغير ، بل هى

---

(١) ويذهب كلاريز (clarise) الى أن النيابة قد تكون فى عمل مادى كنيابة المتبوع عن التابع فى الخطأ . وتكون النيابة على هذا الاساس اما نيابة فى الارادة كنيابة الوكيل عن الموكل ، واما نيابة فى المصلحة كنيابة الولى عن الصغير ، واما نيابة فى العمل المادى كنيابة المتبرع عن التابع ونيابة الفضولى فى عمل مادى عن رب العمل .

أيضا ترتب التزاماً فى ذمة الغير على عكس مارأيناه فى التعهد عن الغير . ذلك أن الضرورات العملية اقتضت ذلك فى النيابة ، ولم تقتضه فى التعهد عن الغير . (٣) إذا انصرف أثر الإرادة — حقاً أو التزاماً — إلى الغير ، وجب أن تشترك مع هذه الإرادة إرادة الغير نفسه . وقد تكون إرادة الغير سابقة كما فى النيابة ، وقد تكون لاحقة كما فى الاشتراط لمصلحة الغير وكما فى إقرار مايجاوز حدود الوكالة .

يخلص من كل ذلك أن النائب يعبر عن إرادته هو ، فينصرف أثر هذه الإرادة الى الغير باشتراكها مع إرادة هذا الغير فى النيابة الاتفاقية ، أما فى النيابة القانونية فإن القانون نفسه هو الذى يصرف أثر إرادة النائب إلى الأصيل (١) .

(ثانيا) وهذا الرأى الجديد الذى يذهب إليه الفقه الحديث من أن النائب يعبر عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل يبرز فى وضوح الفرق بين النائب والرسول . فالنائب يعبر عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل كما قدمنا ، أما الرسول فيعبر عن إرادة المرسل لا عن إرادته هو ، ذلك أنه مجرد وسيط بين المرسل والمرسل إليه فيقتصر على نقل إرادة الأول إلى الثانى . وقد كان الرأى التقليدى لا يجعل هذا التمييز واضحا ، فما دام النائب فى الرأى التقليدى يعبر عن إرادة الأصيل لا عن إرادته هو ، فأى فرق إذن يقوم بينه وبين الرسول !

ويترتب على هذا التمييز ما بين النائب والرسول نتيجتان هامتان : (١) مادام النائب يعبر عن إرادته الشخصية ، فالعبرة إذن — كما سنرى — بهذه

---

(١) ويقرب من هذا الرأى مايقوله الدكتور جمال مرسى بدر فى رسالته فى النيابة : « وهكذا فان منطق النظرية العامة للتصرف القانونى يسيغ مبدأ النيابة كما لايسيغه منطق النظرية العامة للالتزام . ولا غرو فان الالتزام ، تلك الرابطة القانونية بين شخصين ، لايسهل تصوره الا فيما بين منشئيه . اما التصرف القانونى بوصفه وسيلة الى غاية عملية فليس مايمنع من تحقيقه تلك الغاية لشخص لم يكن هو صاحب الارادة التى يقوم عليها التصرف ، وذلك متى أراد صاحب الشأن هذا الوضع وهو مانراه فى النيابة الاتفاقية ، أو اقتضته مصلحة جديرة بحماية القانون كما هو الامر فى حالات النيابة القانونية » (النيابة فى التصرفات القانونية ص ١٧٥ — ص ١٧٦) .

الإرادة من حيث وجودها ومن حيث العيوب التى تلحقها . فلا يصح أن يكون النائب غير مميز لأن إرادته التى يعبر عنها تكون فى هـذه الحالة غير موجودة ، ولا يصح أن تكون إرادته مشوبة بغلط أو تدليس أو إكراه فإن هـذه الإرادة تكون معيبة . أما فى الرسول فالعبرة بإرادة المرسل إذ الرسول يعبر عن هذه الإرادة ، فيصح أن يكون الرسول غير مميز ما دام يستطيع مادياً أن يبلغ الرسالة تبليغا صحيحا ، ولا ينظر فى عيوب الارادة إلى إرادة الرسول بل إلى إرادة المرسل . (۲) إذا تعاقد الأصيل بنائب عنه ، اعتبر التعاقد بين حاضرين إذا جمع النائب والمتعاقد الآخر مجلس واحد . أما التعاقد برسول فيكون دائما تعاقداً بين غائبين . حتى لو جمع مجلس واحد بين الرسول والمتعاقد الآخر .

العبرة بإرادة النائب وبنيته :

وقد قدمنا أن النائب إنما يعبر عن إرادته ، ففيما يشوب الإرادة من عيوب ينظر إلى إرادته لا الى إرادة الأصيل . ومن ثم إذا وقع النائب فى غلط أو تدليس أو إكراه كان العقد قابلا للإبطال ، حتى لو أن الأصيل ما كان ليقع فى ذلك لو أنه هو الذى تعاقد .

كذلك إذا استلزم تصرف قانونى النظر فيما إذا كان المتعاقد حسن النية أو سيئها ، فالعبرة بنية النائب لا بنية الأصيل . فاذا كان النائب قد تعامل مع مدين معسر وهو حسن النية ، لم يجز لدائنى هـذا المدين الطعن فى التصرف بالدعوى البولصية . أما إذا كان النائب سىء النية وتواطأ مع المدين المعسر ، جاز للدائنين الطعن بالتصرف حتى لو كان الأصيل حسن النية واذا وفى نائب المدين الدين لدائن ظاهر ، فالعبرة بحسن نيته هو لا بحسن نية المدين الأصيل . فان كان حسن النية بأن كان يعتقد وقت الوفاء أنه يفى للدائن الحقيقى ، فالوفاء صحيح مبرىء لذمة المدين ولو كان هـذا يعرف أن الموفى له ليس هو الدائن الحقيقى . وإن كان النائب سىء النيـة ، فالوفاء غير صحيح حتى لو كان المدين الأصيل حسن النية ويعتقد أن الموفى له هو الدائن الحقيقى . وإذا ناب شخص عن آخر فى شراء عقار فاشتراه من غير مالك ، فالعبرة بحسن نية النائب

لا الاصيل فى تملك العقار بالتقادم القصير . كذلك إذا اشترى النائب منقولا من غير مالك وتسلمه ، فالعبرة بحسن نيته هو لا بحسن نية الاصيل فى تملك المنقول بالحيازة .

على أنه إذا كان النائب يتصرف وفقا لتعليمات محددة صدرت له من الأصيل ، فالعبرة بنية الأصيل لا بنية النائب . فإذا وكل شخص آخر فى شراء شيء معين بالذات ، وكان الموكل يعلم أن فى الشيء عيبا يجهله الوكيل ، لم يجز فى هذه الحالة للموكل أن يرجع على البائع بضمان العيب . ونرى من ذلك أن الأصل فى العقد أنه ينعقد بإرادة النائب لا بإرادة الأصيل ، على أن إرادة الأصيل تكون محل اعتبار فيما يوجه فيه الأصيل النائب إذ أن النائب فى هذه الحالة يكون بمثابة الرسول .

ولكن الأهلية ينظر فيها الأصيل :

وإذا كان النائب إنما يعبر عن إرادته ، فإن ذلك لا يستتبع أن الأهلية اللازمة للعقد الذى يباشره يجب أن تكون متوافرة فيه . ذلك أن العقد إذا كان ينعقد بإرادة النائب ، فإنه ينتج أثره فى شخص الأصيل ، فالأصيل لا النائب هو الذى يجب أن تتوافر فيه الأهليه للعقد . ويعتد ، فى توافر الأهلية فى الأصيل ، بالوقت الذى يباشر فيه النائب العقد ، فلو أن الأصيل لم يكن أهلا لهذا العقد وقت التوكيل وكان أهلا وقت مباشرة الوكيل للتعاقد صح العقد ، ولا يصح إذا كان الأصيل أهلا وقت التوكيل ثم حجر عليه فاصبح غير أهل وقت مباشرة العقد .

والنائب لا تشترط فيه أهلية العقد الذى يباشره ، لا عند التوكيل ولا عند مباشرة العقد . فيصح أن ينوب قاصر أو محجور عليه فى بيع منزل مملوك لشخص تتوافر فيه أهلية التصرف ، ولكن يستطيع الوكيل ناقص الأهلية فى هذه الحالة أن يبطل عقد الوكالة ، فتسقط نيابته المستمدة من هذا العقد ، ويسقط العقد الذى باشره بالنيابة عن الموكل تبعاً لذلك . على أنه إذا كان النائب لا تشترط فيه أهلية العقد الذى يباشره ، فإنه يجب مع ذلك أن تكون له إرادة مميزة لأنه يعبر عن إرادته كما سبق القول. فيجب إذن أن يكون الوكيل مميزاً ، ولو كان قاصراً أو محجورا عليه .

وكل هذا مالم تكن النيابة قانونية أو قضائية فإن القانون فى هذا النوع من النيابة هو الذى يعين أهلية كل من النائب والأصيل. فيجوز أن يكون الأصيل قاصراً ، مميزاً أو غير مميز ، كما يجوز أن يطلب من النائب كمال الأهلية ويتحقق هذا فى الولاية والوصاية والقوامة . كذلك فى نيابة الفضولى عن رب العمل لا يشترط فى رب العمل الأهلية اللازمة للعقد الذى يباشره الفضولى لحسابه .

§ ٢ — استعمال النائب إرادته فى الحدود المرسومة للنيابة

مجاوزة النائب لحدود النيابة :

والنائب ، وإن كان يعبر عن إرادته ، يجب أن يعبر عنها فى حدود النيابة كما رسمها القانون أو الاتفاق . فإذا جاوز هذه الحدود لم يعد نائبا ، ولم ينصرف أثر العقد إلى الأصيل .

على أن أثر العقد ينصرف إلى الأصيل استثناء ولو جاوز النائب حدود نيابته ، إذا كان الغير الذى تعامل مع النائب حسن النية ، أى لا يعلم بمجاوزة النائب حدود النيابة بل كانت لديه أسباب قوية تدعوه إلى أن يعتقد أن النائب يتعاقد فى حدود نيابته . مثل ذلك أن يكون النائب قد خولت له نيابة مستمرة — كعملاء التأمين ووكلاء الدوائر ومديرى الشركات — وأن يكون التصرف الذى يباشره يدخل عادة فى حدود هذه النيابة . ومثل ذلك أيضا أن يبقى الأصيل سند النيابة فى يد النائب بعد انتهاء النيابة ، فيتعامل الغير معه مطمئنا إلى هذا السند . ومثل ذلك أخيراً ما نصت عليه المادة ١٠٧ مدنى من أنه « إذا كان النائب ومن تعاقد معه يجهلان معاً وقت العقد انقضاء النيابة ، فإن أثر العقد الذى يبرمه ، حقا كان أو التزاما ، يضاف إلى الأصيل أو خلفائه » . فإذا عزل الأصيل النائب دون أن يعلم هذا بالعزل ، أو مات الأصيل دون أن يعلم النائب بموته ، وتعاقد النائب مع الغير دون أن يعلم الغير

بعزل النائب أو بموت الأصيل ، فإن أثر العقد ينصرف فى هذه الحالة إلى الأصيل. ويلاحظ أنه فى المثلين الأولين — النيابة المستمرة وبقاء سند النيابة فى يد النائب — ينتج عمل النائب أثره بالنسبة إلى الأصيل لأن هذا قد ارتكب خطأ ، فيكون نفاذ عمل النائب فى حقه بمثابة التعويض. أما فى المثل الأخير — جهل النائب والغير انقضاء النيابة — فنفاذ عمل النائب فى حق الأصيل إنما هو تطبيق لنظرية الأوضاع الظاهرة .

وهناك حالة أخرى ينفذ فيها عمل الوكيل فى حق الموكل ، بالرغم من أن الوكيل جاوز حدود الوكالة . وقد نصت المادة ٧٠٣ مدنى على هذه الحالة إذ تقول : « ١ — الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة دون أن يجاوز حدودها المرسومة . ٢ — على أن له أن يخرج عن هذه الحدود متى كان من المستحيل عليه إخطار الموكل سلفا ، وكانت الظروف يغلب معها الظن بأن الموكل ما كان إلا ليوافق على هذا التصرف . وعلى الوكيل فى هذه الحالة أن يبادر بإبلاغ الموكل خروجه عن حدود الوكالة » . ويبدو أن عمل الوكيل هنا ينفذ فى حق الموكل ، فيما جاوز فيه حدود الوكالة ، تطبيقا لقواعد الفضالة. فمن الممكن اعتبار الوكيل فى هذه الحالة فضوليا .

إقرار الأصيل لهذه المجاوزة :

فإذا جاوز النائب حدود النيابة . ولم نكن أمام حالة استثنائية من الحالات المتقدمة ، لم ينصرف أثر العقد إلى الأصيل ، ورجع الغير على النائب بالتعويض إن كان له محل .

ولكن قد يقر الموكل العمل الذى جاوز حدود الوكالة ، فيصبح هذا العمل كأنه قد تم فى حدودها ، ومن ثم ينصرف أثر العقد إلى الموكل . ويمكن تأصيل ذلك — إذا لم نستعر من الفقه الإسلامى نظريته المعروفة فى التصرف الموقوف فيعتبر تصرف الوكيل فى هذه الحالة موقوفاً على إجازة الموكل

ـــ بأن الوكيل فيما جاوز فيه حدود الوكالة قد نصب نفسه وكيلا بإرادته المنفردة على أن يقره الموكل بعد ذلك ويساعد على ذلك، قيام وكالته من الأصل فالوكالة التالية ليست وكالة مبتدأة بل هي وكالة مكملة . ويكون مصدر النيابة في هذه الحالة أحد أمرين : (١) إما القانون ، فهو الذي جعل الوكيل بناء على إرادته نائبا فيما يجاوز حدود الوكالة ، واشترط في قيام النيابة على هذا الوجه إقرار الموكل . (٢) وإما الإعارة المشتركة للوكيل والموكل ، وهذه صورة تخالف صورة الوكالة في أن إرادة الموكل هنا لاحقة لإرادة الوكيل ، وهي في الوكالة سابقة على إرادة الوكيل . ولكن النيابة في الحالتين نيابة اتفاقية لاقانونية ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

والإقرار تصرف قانوني صادر من جانب واحد هو الأصيل ، ولاشأن به للنائب ولا للغير . ويجب أن يكون الأصيل أهلا لإقرار التصرف . ويكون الإقرار صريحاً أو ضمنياً ، إلا إذا كان التصرف القانوني الذي يقره الأصيل عقداً شكلياً كالهبة ، فيجب عند ذلك أن يصدر الإقرار في ورقة رسمية كالهبة ذاتها . وللإقرار أثر رجعي إذ يجعل التصرف القانوني صحيحا منذ صدوره لامنذ الإقرار ، وذلك دون إضرار بحق الغير ، فلو أقر الأصيل بيع النائب لعقاره لم يضر إقراره بمن كسب منه حقا عينيا على هذا العقار قبل الإقرار .

§ ٣ ـــ تعامل النائب باسم الأصيل

يجب أن يتعامل النائب باسم الأصيل :

وحتى تتحقق النيابة يجب أن يتعامل النائب مع الغير باسم الأصيل . والأصل أن الشخص يتعاقد لحساب لنفسه لا لحساب غيره ، فإذا تعامل النائب دون أن يبين أنه يعمل لحساب الأصيل ، كان من حق الغير أن يعتبر أن النائب يعمل لحساب نفسه لا لحسابه الأصيل . فيجب إذن أن يبين النائب

أنه يعمـــل باعتباره نائبا ، أى يقصد إسناد أثر العقد إلى الأصيل (contemplatio domini) . وقد يفصح النائب عن هذه النية صراحة ، وقد تفهم ضمناً من الظروف كما إذا باع مستخدم بضاعة مخدومة فى متجر هذا المخدوم ، وكالخادم يتعاقد عن سيده ، وكقبطان السفينة يتعاقد عن صاحبها . ويكفى أن يعلم الغير أن النائب يتعامل بصفته نائبا ، وليس من الضرورى أن يعرف من هو الأصيل . فإذا قبل التعاقد مع النائب على هذا النحو انصرف أثر العقد إلى الأصيل . فقد توجد ظروف تدعو النائب أن يكتم عن الغير اسم الأصيل ، كما يقع فى البيع مع حق التقرير بالشراء عن الغير (déclaration de command) .

والتعاقد لحساب الاصيل يجب أن يتحقق أيضا عند الغير الذى يتعاقد مع النائب . فإذا كان النائب يعمل لحساب الاصيل ، ولكن الغير يتعامل مع النائب فى شخصه ، فالنيابة لاتقوم ، والعقد لايتم ، لامع شخص النائب لانه لايتعامل لنفسه ، ولامع الأصيل لان الغير لايقصد التعامل معه . ويستثنى من ذلك أن يستوى عند الغير التعامل مع النائب أو مع الاصيل ، كما سنرى.

تعامل النائب باسمه الشخصى — الاسم المستعار أو المسخر :

فإذا تعامل الوكيل باسمه الشخصى ، وتعامل معه الغير على هذا الاعتبار ، فليست هناك نيابة وإن وجدت الوكالة ، وتكون الوكالة فى هذه الحالة مقصورة على علاقة الوكيل بالموكل . وهذا هو مايعرف بالاسم المستعار أو المسخر (prête-nom) . فينصرف أثر العقد عندئذ إلى الوكيل ، دائنا أو مدينا ، ولا ينصرف إلى الموكل . ثم ينقل الوكيل بعد ذلك إلى الموكل ما انصرف إليه من أثر العقد ، من حقوق والتزامات .

ومع ذلك قد يتعاقد الوكيل باسمه الشخصى ، وينصرف أثر العقد إلى الموكل بالرغم من ذلك ، فى حالتين :

١ — إذا كان من المفرض حتما أن الغير يعلم بوجود النيابة .

٢ — اذا كان يستوى عند الغير أن يتعامل مع الاصيل أو مع النائب .

وقد نصت المادة ١٠٦ مدنى على هذه الاحكام صراحة إذ تقول : « إذا لم يعلن العاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائبا ، فإن أثر العقد لا يضاف إلى الاصيل ، دائنا أو مدينا ، إلا إذا كان من المفروض حتما أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة ، أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب » .

المطلب الثانى

آثار النيابة

العلاقة فيما بين النائب والغير :

ينصرف أثر العقد كما قدمنا إلى الاصيل لا إلى النائب ، ومن ثم لا يستطيع النائب أن يطالب الغير بحق من الحقوق التى أنشأها العقد ، إلا إذا ثبتت له النيابة فى تنفيذ العقد كما ثبتت له فى إبرامه .

كذلك لا يقوم فى ذمة النائب إلتزام بالعقد نحو الغير ، فلا يستطيع الغير أن يطالب بالتزام من الالتزامات التى أنشأها العقد .

فلا تقوم إذن علاقة مباشرة بين النائب والغير عن طريق العقد . ولكن قد تقوم هذه العلاقة المباشرة عن طريق آخر . مثل ذلك أن يخطىء النائب فى تنفيذ النيابة ، فيكون مسئولا مباشرة نحو الغير ، ولكن المسئولية هنا مسئولية تقصيرية ولم تنشأ عن طريق العقد . ومثل ذلك أيضا أن يكفل النائب الاصيل ، فتنشأ العلاقة المباشرة من عقد الكفالة لا من العقد الذى أبرمه النائب مع الغير باسم الأصيل .

العلاقة فيما بين النائب والأصيل :

يحدد هذه العلاقة المصدر الذى أنشأ النيابة : الإتفاق أو القانون . ويجوز للنائب ، بوجه عام ، إنابة وكيل عنه فى تنفيذ النيابة ، ويكون مسئولا عن هذا الوكيل نحو الأصيل . وعلى النائب أن يقدم للأصيل حساباً عن تنفيذ نيابته ، طبقا لأحكام قررها القانون ، ونذكر من هذه الاحكام الحكمين الآتيين : (أولا) إذا كان النائب وكيلا ، وجب عليه أن يبذل فى تنفيذ وكالته عناية الرجل المعتاد إذا كانت الوكالة بأجر ، وعنايته هو دون أن يزيد على عناية الرجل المعتاد إذا لم تكن الوكالة بأجر ، (ثانيا) الأصيل مسئول عما أصاب النائب من ضرر دون خطأ منه بسبب تنفيذ النيابة تنفيذاً معتاداً (أنظر فيما يتعلق بالوكالة المادة ٧١١ مدنى) .

العلاقة فيما بين الأصيل والغير :

تتولد علاقة مباشرة فيما بين الأصيل والغير ، ويختفى شخص النائب من بينهما . فيعتبر الأصيل هو المتعاقد مع الغير ، وإليه ينصرف أثر العقد ، حقاً كان أو التزاما .

فيكسب الأصيل الحقوق التى تولدت من العقد ، ويطالب بها الغير دون وساطة النائب . ويلتزم الأصيل بالالتزامات التى أنشأها العقد ، ويطالبه بها الغير دون وساطة النائب .

فالأصيل فى العقد الذى أبرمه النائب لا يعتبر « غيرا » ، بل هو لا يعتبر خلفا للنائب انتقل إليه منه أثر العقد كالوارث ، وإنما هو أحد طرفى العقد كما سبق القول . وهذه هى الخطوة التى وقف دونها القانون الرومانى ، ولكنها الخطوة التى انتهى إليها منطق النيابة فى تطورها .

المطلب الثالث

تعاقد الشخص مع نفسه

تعاقد الشخص مع نفسه من الناحية الفنية :

قد يتعاقد الشخص مع نفسه ، إما نائبا عن كل من طرفى العقد فيكون مثلا وكيلا فى كل من البيع والشراء ، وإما أصيلا عن نفسه ونائبا عن الطرف الآخر فيبيع مثلا لنفسه العين الموكل فى بيعها . وقد يقع ذلك أيضا فى النيابة القانونية ، فيبيع الأب مثلا ماله لابن تحت ولايته أو يشترى لنفسه مال الابن ، أو يبيع الأب مال أحد ولديه للولد الآخر والولدان تحت ولايته .

وما دام النائب يعبر عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل كما قدمنا ، فإن الذى يجمع طرفى العقد فى شخصه ، سواء كان أصيلا عن نفسه ونائبا عن الطرف الآخر أو كان نائبا عن الطرفين ، إنما يجرى العقد بإرادته هو وحده وقد حلت محل الإرادتين معا .

ومن هذا انقسم الفقه فى تعاقد الشخص مع نفسه ، فرأى يذهب إلى التحريم إذ لا يكون أمامنا فى هذا التعاقد إلا إرادة واحدة ، والعقد لا يتم إلا بتوافق إرادتين . ورأى يذهب إلى الإباحة . وأنصار الإباحة انقسموا إلى فريقين : فريق يرى أن تعاقد الشخص مع نفسه هو عقد حقيقى توافق فيه الإيجاب والقبول ، ولكن شخصا واحداً هو الذى عبر عن كل من الإيجاب والقبول . وفريق آخر يرى أن تعاقد الشخص مع نفسه لا ينطوى إلا على إرادة واحدة جعلها القانون تنتج هذا الأثر .

موقف الشرائع من تعاقد الشخص مع نفسه :

وقد اختلفت الشرائع فى موقفها من تعاقد الشخص مع نفسه . فمنها ما يحرم فى الأصل هذا التعاقد ، وذلك كالتقنين المصرى والتقنين الألمانى . ومنها ما يبيحه فى الأصل ، كالتقنين الفرنسى والتقنين السويسرى .

ولكن لا توجد شريعة من هذه الشرائع أطلقت التحريم أو الإباحة . فالشرائع التى حرمت تعاقد الشخص مع نفسه أباحته فى فروض معينة ، والشرائع التى أباحته استثنت ظروفاً حرمته فيها . وكان من شأن التوسع فى الاستثناءات عند الفريقين ، خضوعا لمقتضيات الحياة العملية ، أن اقتربت الشرائع التى تحرم من الشرائع التى تبيح .

تعاقد الشخص مع نفسه فى التقنين المدنى المصرى وفى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

أورد التقنين المدنى المصرى نصاً عاما يحرم تعاقد الشخص مع نفسه إلا فى حالات استثنيت ، فنصت المادة ١٠٨ من هذا التقنين على أنه « لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه ، سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر ، دون ترخيص من الأصيل . على أنه يجوز للأصيل فى هذه الحالة أن يجيز التعاقد . كل هذا مع مراعاة ما يخالفه مما يقضى به القانون أو قواعد التجارة » .

فالأصل إذن أن تعاقد الشخص مع نفسه لا يجوز ، سواء فى ذلك تعاقد الشخص لحساب نفسه كما إذا كان موكلا فى بيع مال فاشتراه لنفسه (انظر فى هذا التطبيق المواد ٤٧٩ — ٤٨١ مدنى) ، أو تعاقد لحساب غيره نائبا عن طرفى العقد كما لو كان موكلا فى بيع مال فاشتراه لشخص وكله فى الشراء . ذلك أنه يتحكم بإرادته وحده فى مصلحتين متعارضتين ، وهذا التعارض فى الحالة الثانية لم يحسب حسابه أحد من الأصيلين ، وهو فى الحالة الأولى تعارض مع مصلحته الشخصية ذاتها ، فلا تتيسر الحماية الواجبة لمصلحة الأصيل فى كلتا الحالتين .

وتحريم تعاقد الشخص مع نفسه إنما يقوم على قرينة قانونية هى أن الشخص إذا أناب عنه غيره فى التعاقد ، فهو لا يقصد التوسع فى هذه الإنابة إلى حد أن يبيح للنائب أن يتعاقد مع نفسه ، أصيلا أو نائبا عن شخص آخر ،

لما ينجم عن هذا الموقف من تعارض فى المصالح . فإذا ماتعاقد الشخص مع نفسه بالرغم من ذلك كان مجاوزاً لحدود النيابة ، وكان شأنه شأن كل وكيل جاوز حدود نيابته ، فلا يكون عمله نافذاً فى حق الأصيل إلا إذا أقره . على أن هذه القرينة القانونية قابلة لإثبات العكس ، فيجوز للأصيل أن ينقضها وأن يرخص مقدما للنائب فى التعاقد مع نفسه ، وفى هذه الحالة يعمل النائب فى حدود نيابته إذا تعاقد مع نفسه ، ويكون عمله نافذاً فى حق الأصيل . وهذا ماصرحت به المادة ١٠٨ مدنى السالفة الذكر ، إذ استثنت من تحريم تعاقد الشخص مع نفسه أن يرخص الأصيل فى ذلك منذ البداية أو أن يجيز التعاقد بعد ذلك .

وتنقضى هذه القرينة القانونية كذلك إذا وجد نص فى القانون أوقضت قواعد التجارة بجواز تعاقد الشخص مع نفسه . مثل النص القانونى ماقضى به قانون الولاية على المال[١] من جواز أن يتصرف الأب أو الجد فى عقار القاصر لنفسه ، ويشترط فى ذلك إذن خاص من المحكمة ، ويشترط أيضاً فى الجد تعيين وصى خاص للتعاقد معه . كما يجوز للأب وحده ان يتصرف لنفسه فى محل تجارى أو أوراق مالية للقاصر لا تجاوز قيمة أى منهما ثلثمائة جنيه (أما ماجاوز فيحتاج إلى إذن) ، أو فى أى منقول آخر مملوك للقاصر أيا كانت قيمته ، دون إذن . أما الجد فلا بد له من الحصول على إذن من المحكمة فى كل ذلك . ومثل ماتقضى به قواعد التجارة تعامل الوكيل بالعمولة باسم طرفى التعاقد وفقاً لقواعد القانون التجارى .

والتقنينات المدنية العربية الأخرى تورد فى تعاقد الشخص مع نفسه كمبدأ عام أحكاما تقرب من أحكام التقنين المدنى المصرى . فالمادة ١٠٩ من التقنين المدنى السورى تطابق المادة ١٠٨ من التقنين المدنى المصرى ، وكذلك يطابق هذا النص المادة ١٠٨ من التقنين المدنى الليبى . والتقنين المدنى العراقى

---

(١) وهو القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ ، وقد صدر فى ٢ أغسطس سنة ١٩٥٢ ، وحل محل قانون المحاكم الحسبية الصادر فى سنة ١٩٤٧ ، وكان هذا قد حل محل قانون المجالس الحسبية الصادر فى سنة ١٩٢٥ .

(م ٥٩٢) يقرر نفس المبدأ ، ويستثنى منه حالات وردت فى النصوص الآتية : م ٥٨٨ : ١ — يجوز للأب الذى له ولاية على ولده أن يبيع ماله لولده ، وله أن يشترى مال ولده لنفسه ، بمثل قيمته وبغبن يسير لا فاحش . ٢ — فإن باع مال نفسه لولده أو اشترى مال ولده لنفسه ، يعتبر كل من الثمن والمبيع مقبوضين بمجرد العقد . ٣ — والجد كالأب فى الحكم . م ٥٨٩ : لا يجوز للوصى المنصوب أو القيم المقام من قبل المحكمة أن يبيع مال نفسه المحجور ، ولا أن يشترى لنفسه شيئاً من مال المحجور مطلقاً ، سواء كان فى ذلك خير للمحجور أم لا . م ٥٩٠ : ١ — لا يجوز للوصى المختار من قبل الأب أو الجد أن يبيع مال نفسه لليتيم ولا أن يشترى لنفسه شيئاً من مال اليتيم ، إلا إذا كان فى ذلك خير لليتيم وبإذن من المحكمة . ٢ — والخيرية هى أن يبيع لليتيم بأقل من ثمن المثل أو أن يشترى منه بأكثر من ثمن المثل ، على وجه يكون فيه لليتيم مصلحة ظاهرة . م ٥٩١ : لا يجوز للقاضى أن يبيع ماله للمحجور ولا أن يشترى مال المحجور لنفسه . أما تقنين الموجبات والعقود اللبنانى ، فقد حرم على من عهد إليه فى بيع شىء أن يشتريه لنفسه ، وحرم شراء الولى أو الوصى أو القيم مال المحجور لنفسه ولا يصح شىء من ذلك كله إلا بترخيص من القضاء . فنصت المادة ٣٧٨ من هذا التقنين على ما يأتى : « إن الأشخاص المشار إليهم فيما يلى لا يجوز لهم الشراء ، لا بأنفسهم ولا بواسطة أشخاص مستعارين ، ولو كان الشراء بالمزايدة ، إلا إذا كان بأيديهم ترخيص من القضاء ، وإذا فعلوا كان هذا الشراء باطلا : أولا — لا يجوز لوكلاء البيع شراء الأموال التى عهد إليهم فى بيعها . ثانيا — لا يجوز لمتولى الإدارة العامة شراء أموال الدولة ولا أموال القرى ولا أموال المعاهد العامة التى فوض إليهم أمر الاعتناء بها . ثالثا — لا يجوز للمأمورين الرسميين شراء الأموال المعهود إليهم فى بيعها . رابعا — لا يجوز للأب أو الأم ، ولا للوصى أو القيم أو المشرف القضائى أو الولى المؤقت ، شراء أموال الأشخاص الذين يمثلونهم أو يشرفون عليهم .

المبحث الثانى

النيابة فى التعاقد

فى الفقه الاســـلامى

النيابة فى التعاقد فى الفقه الاسلامى نظام متقدم :

يتميز الفقه الإسلامى ، فى النيابة فى التعاقد ، بأنه ارتقى فى هذا النظام ارتقاء يجعله يضاهى الفقه الغربى فى تقدمه ، ويبز الفقه الرومانى الذى رأينا قصوره فى هذا الميدان .

ونبحث هنا : (١) مصادر النيابه فى التعاقد (٢) أحكام هذه النيابة (٣) تعاقد الشخص مع نفسه .

المطلب الأول

مصادر النيابة فى التعاقد

التمييز بين الرسول والنائب :

يميز الفقه الإسلامى — كما يميز الفقه الغربى — بين الرسول والنائب .

فالرسول يعبر عن إرادة المرسل ، ويقتصر على تبليغها دون أن يكون له رأى فى ذلك . ولهذا جاز أن يكون رسولا الصبى دون السابعة ، إذا كان قادراً قدرة فعلية على نقل إرادة المرسل . وفى هذه الحالة يتم التعاقد الآخر دون وساطة الرسول ، فما على الرسول إلا البلاغ ، وكما يصح للإنسان أن يبلغ إرادته بالخطاب وبالكتاب كذلك يجوز أن يبلغها بالرسالة .

أما النائب فإنما يعبر عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل ، إذ هو أصل فى العقد والعقد إنما يقوم بكلامه . قال الزيلعى (جزء ٤ ص ٢٥٦) : « الوكيل أصل فى العقد ، لأن العقد يقوم بالكلام ، وصحة كلامه باعتبار كونه آدمياً عاقلا . . والدليل على أنه أصل فى العقد استغناؤه عن إضافته إلى الموكل ، ولو كان سفيراً كما زعم (الشافعى) لما استغنى عن إضافته إليه كالرسول والوكيل بالنكاح وأخواته » . ولذلك يجب أن يكون النائب مميزاً ، حتى يصح أن يكون له كلام ينتج أثراً ، وإن كان لا يشترط فيه البلوغ لأنه لا يتصرف فى ماله ، وإنما يتصرف فى مال غيره بتفويض منه . ويعتد بإرادته لا بإرادة الأصيل فى عيوب الرضاء . فإكراهه يفسد العقد ، وله خيار فوات الوصف المرغوب فيه إذا وقع فى غلط .

وللوكيل بشراء شىء خيار الرؤية ، وفى الهندية الوكيل بالشراء إذا اشترى شيئا كان رآه الموكل ولم يعلم به الوكيل ، كان للوكيل خيار الرؤية ، وهذا إذا كان وكيلا بشراء شىء بغير عينه ، فلو كان وكيلا بشراء شىء بعينه قد رآه الموكل ولم يره الوكيل فليس للوكيل خيار رؤية إذا اشتراه (سليم باز فى شرح المجلة ص ٧٧٢) .

وصورة النيابة أن يقول شخص لآخر كن وكيلا عنى فى بيع دارى ، أو وكلتك فى بيعها ، وصورة الرسالة أن يقول كن رسولا عنى فى تبليغ فلان أنى أبيع منه دارى بكذا . والأصل أن الشخص يكون وكيلا بألفاظ الوكالة ، ورسولا بألفاظ الرسالة . وأما لفظ الأمر فلا يكون توكيلا ، مالم يفد النيابة عن الآمر بأن يقول له أذنت لك أن تفعل كذا ، أو يدفع له نقوداً ويقول له اشتر لى بها داراً ، أو يقول اشتر بهذا الألف جارية ويشير إلى مال نفسه . ولو قال اشتر هذه الجارية بألف درهم ، كان مشورة والشراء للمأمور ، إلا إذا زاد على أن أعطيك لأجل شرائك درهما لأن

اشتراط الأجر له يدل على الإنابة (تكملة ابن عابدين ١ ص ٢٠٥ — سليم باز فى شرح المجلة ص ٧٧٠) .

وفى التمييز بين الرسول والنائب يتفق الفقه الإسلامى مع الفقه الغربى .

النيابة القانونية والقضائية والاتفاقية :

وإذا نظرنا إلى المصدر الذى يضفى على النائب صفة النيابة ، أمكن فى الفقة الإسلامى ، كما هو الأمر فى الفقه الغربى ، تقسيم النيابة إلى نيابة قانونية ونيابة قضائية ونيابة اتفاقية.

فالنيابة القانونية هى التى يكون مصدرها الشرع.فالولى نائب عن محجوره بحكم الشرع ، فالشرع إذن هو الذى يضفى عليه صفة النيابة . والقاضى نائب عن المحجور بحكم الشرع ، وفى تزويج اليتامى ، وعن المفلس فى بيع ماله بحكم الشرع كذلك.

والنيابة القضائية هى التى يكون مصدرها القاضى. فالوصى يعينه القاضى ويجعله نائباً عن المحجور ، وكذلك القيم والوكيل عن النائب .

والنيابة الاتفاقية هى التى يكون مصدرها إرادة الأصيل . ويكون ذلك باتفاق سابق بين الأصيل والنائب ، وهذه هى الوكالة ، وسنفردها ببحث موجز فيما يلى لأهميتها فى موضوع النيابة . وقد تكون النيابة الاتفاقية بإذن لاحق لتصرف النائب ، وهذه هى الفضالة . والفضولى قبل الإجازة ليس بنائب ، فإذا أجاز رب العمل تصرفه صار نائباً عنه ، لأن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة . ومثل الفضولى الغاصب ، فإنه إذا باع ما غصبه ثم أجازه المالك جاز . وحقوق العقد فى الصورتين تعود إلى الفضولى أو الغاصب لمباشرتهما العقد (سليم باز فى شرح المجلة ص ٧٧٢) .

الوكالة :

الوكالة هى المصدر الرئيسى للنيابة الاتفاقية فى الفقه الإسلامى ، كما هى فى الفقه الغربى ، فنخصها بكلمة موجزة، مبينين ركنها وشرائطها وطرق انقضائها .

فركن الوكالة هو الإيجاب والقبول من الموكل والوكيل . فما لم يوجد الإيجاب والقبول لا يتم العقد ، ولهذا لو وكل إنسانا بقبض دينه فأبى أن يقبل ، ثم ذهب الوكيل فقبضه ، لم يبرأ الغريم [١] .

---

(١) جاء فى البدائع : « وأما علم الوكيل فهل هو شرط لصحة الوكالة ؟ لاخلاف فى أن العلم بالتوكيل فى الجملة شرط ، اما علم الوكيل واما علم من يعامله . حتى أنه لو وكل رجلا ببيع عبده فباعه الوكيل من رجل قبل علمه وعلم الرجل بالتوكيل ، لايجوز بيعه حتى يجيزه الموكل أو الوكيل بعد علمه بالوكالة ، لان حكم الامر لايلزم الا بعد العلم بالمامورية أو القدرة على اكتساب سبب العلم بالمامورية كما فى أوامر الشرع . وأما علم الوكيل على التعيين بالتوكيل ، فهل هو شرط ؟ ذكر فى الزيادات أنه شرط ، وذكر فى الوكالة انه ليس بشرط . فانه قال اذا قال الموكل لرجل اذهب بعبدى هذا الى فلان فيبيعه فلان منك ، فذهب الرجل بالعبد اليه وأخبره أن صاحب العبد أمره ببيعه منه فاشتراه منه صح شراؤه ، وان لم يخبره بذلك فالبيع جائز ، كذا ذكر محمد فى كتاب الوكالة ، وجعل علم المشترى بالتوكيل كعلم البائع الوكيل . وذكر فى الزيادات أنه لايجوز البيع ، وصورة المسألة فى الصبى المأذون . وذكر فى المأذون الكبير مايدل على جواز البيع ، فانه قال اذا قال المولى لقوم بايعوا عبدى فانى قد أذنت له فى التجارة فبايعوه جاز وان لم يعلم العبد باذن المولى لهم بالمبايعة . وليس التوكيل كالوصاية ، فان من أوصى الى رجل غائب أى جعله وصيا بعد موته ثم مات الموصى ، ثم ان الوصى باع شيئا من تركة الميت قبل علمه بالوصاية والموت ، فان بيعه جائز استحسانا ويكون ذلك قبولا منه للوصاية حتى لايملك اخراج نفسه منها ، والقياس الا يجوز . والفرق أن الوصى خلف عن الموصى ، قائم مقامه كالوارث يقوم مقام المورث ، ولو باع الوارث تركة الميت بعد موته وهو لايعلم موته جاز بيعه ، فكذا الوصى . بخلاف التوكيل ، لانه أمر من الموكل ، وحكم الامر لايلزم الا بعد العلم بسببيه على مأمر . فاذا ثبت ان العلم بالتوكيل شرط ، فان كان التوكيل بحضرة الوكيل ، أو كتب الموكل بذلك كتابا اليه فبلغه وعلم مافيه ، أو أرسل اليه رسولا فبلغ الرسالة ، أو أخبره بالتوكيل بحضرة الوكيل أو كتب الموكل بذلك كتابا اليه فبلغه وعلم مافيه ، أو أرسل اليه رسولا فبلغ الرسالة ، أو أخبره بالتوكيل رجلان أو رجل واحد عدل ، صار وكيلا بالاجماع . وان أخبره بذلك رجل واحد غير عدل ، فان صدقه صار وكيلا أيضا ، وان لم يصدقه يبقى أن يكون على الاختلاف فى العدل ، عند أبى حنيفة لايكون وكيلا وعند أبى يوسف ومحمد يكون وكيلا كما فى العزل » — « البدائع ٦ ص ٢٠ — ص ٢١ »

والشرائط ترجع إلى الموكل ، وإلى الوكيل ، وإلى الموكل به :

فأما ما يرجع إلى الموكل ، فهو أن يملك بنفسه فعل ما وكل فيه غيره ، لأن التوكيل تفويض ما يملكه من التصرف إلى غيره ، فما لا يملكه بنفسه لا يحتمل التفويض إلى غيره . فلا يصح التوكيل من المجنون والصبى غير المميز مطلقا . ولا يصح التوكيل من الصبى المميز بما لا يملكه بنفسه كالهبة والصدقة ونحوها من التصرفات الضارة المحضة ، ولا يصح إلا بإذن الولى فى التصرفات الدائرة بين النفع والضرر كالبيع والإيجار . والظاهر فى الفقه الإسلامى أن الموكل يشترط فيه أن يملك بنفسه مباشرة التصرف الذى وكل فيه وقت التوكيل وأن يستمر قادراً على مباشرته إلى أن يتم الوكيل التصرف لأن أهلية الموكل ليست شرطاً لإنشاء الوكالة فقط ، بل هى أيضاً شرط لبقائها [١] . وهذا بخلاف الفقه الغربى ، فقد رأينا أن العبرة فى أهلية الموكل للتصرف الذى وكل فيه بوقت مباشرة الوكيل لهذا التصرف لا بوقت التوكيل .

وأما ما يرجع إلى الوكيل ، فهو أن يكون مميزاً ، فلا تصح وكالة المجنون والصبى غير المميز ، لأن الوكيل يعبر عن إرادته كما قدمنا وهذان ليست لهما إرادة يعتد بها . ولكن لا يشترط فى الوكيل بلوغ سن الرشد ، فتصح وكالة الصبى المميز ، بخلاف الشافعى فعنده وكالة الصبى المميز غير صحيحة . جاء فى البدائع (جزء ٦ ص ٢٠) : « وهذا عند أصحابنا . وقال الشافعى رحمه الله وكالة الصبى غير صحيحة . لأنه غير مكلف ، ولا تصح وكالة المجنون . ولنا ماروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما خطب أم سلمة ، قالت إن أوليائى غيب يا رسول الله ، فقال صلى الله عليه وسلم ليس فيهم من يكرهنى ، ثم قال لعمرو بن أم سلمة قم فزوج أمك منى ، فزوجها من رسول الله صلى الله عيه وسلم وكان صبياً . والاعتبار بالمجنون غير سديد ، لأن

---

(٢) الاستاذ محمد أبو زهرة فى الملكية والفن فى الفقه الاسلامى ص ٢٤٢ .

العقل شرط أهلية التصرفات الشرعية وقد انعدم هناك ووجد هنا ، فتصح وكالته كالبائع ، إلا أن حقوق العقد من البيع ونحوه ترجع إلى الوكيل إذ كان بالغا ، وإذا كان صبيا ترجع إلى الموكل » .

وأما ما يرجع إلى الموكل به ، فيجوز التوكيل فى حقوق العباد — عدا القصاص وفيه تفصيل — كالتوكيل بالخصومة وقبض الدين والإقرار وغير ذلك . ويجوز التوكيل فى التعاقد ، وهذا الذى يعنينا هنا . والتوكيل فى التعاقد نوعان ، عام وخاص . فالتوكيل الخاص يكون فى خصوص تصرف معين، كالبيع أو الشراء أو الإجارة أو الاستئجار . والتوكيل العام يكون بإطلاق التصرف للوكيل فى كل شيء . وقال فى رد المحتار لو قال لغيره أنت وكيلى فى كل شيء ، أو قال أنت وكيلى بكل قليل وكثير ، يكون وكيلا بالحفظ فقط ، هو الصحيح . ولو قال أنت وكيلى فى كل شيء جائز أمرك ، يصير وكيلا عاما ، فيملك البيع والشراء وكل شيء إلا الطلاق والوقف والهبة والصدقة وسائر التبرعات على المفتى به ، وينبغى ألا يملك الابراء والحط عن المديون لأنهما من قبيل التبرع (سليم باز فى شرح المجلة ص٧٦٩) .

والوكالة تنقضى : أولا — بقيام الوكيل بالأمر الموكل به ، أو بقيام الموكل نفسه بهذا الأمر . ذلك أن الموكل إذا وكل شخصاً فى أمر من أموره لا يكون ممتنعاً عليه أن يقوم هو نفسه بهذا الأمر ، فهو الأصيل والوكيل ليس إلا نائبا عنه . ثانيا — بعزل الوكيل نفسه من الوكالة ، أو بعزل الموكل إياه : ذلك أن الوكالة عقد غير لازم من كلا الجانبين ، فيجوز للوكيل أن يرجع فى الوكالة بإرادته وحده كما يجوز للموكل أن يفعل ذلك . غير أنه إذا تعلق بالوكالة حق للغير ، كمن رهن ماله ووكل المرتهن فى بيع المال لاستيفاء حقه ، لم يجز للموكل عزل الوكيل بغير رضاء صاحب الحق أى بغير رضاء الوكيل نفسه فى المثل المتقدم . ثالثاً — بموت الوكيل ، أو بموت الموكل . ذلك أن الوكالة

تقوم على الثقة الشخصية ما بين الموكل والوكيل ، فإذا مات أحدهما لم تجبر ورثته على استيفاء الوكالة فتنتهى . وللورثة بعد ذلك أن يعقدوا وكالة جديدة مع الباقى من المتعاقدين فى الوكالة الأولى .

وتوجد أسباب أخرى أقل أهمية من الأسباب المتقدمة لانقضاء الوكالة ، فتجتزىء بما قدمناه . ومن هذه الأسباب الستة لانقضاء الوكالة ، يتبين أن هناك سببين منها تنقضى الوكالة قبل تنفيذها ويحتمل ألا يعلم بهما الوكيل ، وهذان السببان هما عزل الموكل للوكيل وموت الموكل ، فهل تنقضى الوكالة بمجرد قيام أحد هذين السببين ولو لم يعلم الوكيل بذلك ؟ يميز الفقه الحنفى بين عزل الوكيل وموت الموكل ، فيشترط لصحة عزل الوكيل علمه بالعزل ، ويجعل موت الموكل منهياً للوكالة علم الوكيل بموته أو لم يعلم . وفى المذهب المالكى والمذهب الحنبلى روايتان فى كل من العزل والموت ، إحداهما أنه يشترط علم الوكيل بالعزل أو بالموت ، والأخرى أنه لا يشترط علم الوكيل بذلك . وفى مذهب الشافعى روايتان فى العزل ، أما الموت فلا يشترط علم الوكيل به . ونورد بعض النصوص الفقهية فى هذا الصدد .

جاء فى البدائع (جزء ٦ ص ٣٧ — ص ٣٧) فى الفقه الحنفى : «ولصحة العزل شرطان أحدهما علم الوكيل به ، لأن العزل فسخ للعقد فلا يلزم حكمه إلا بعد العلم به . . والثانى ألا يتعلق بالوكالة حق الغير . . . . ومنها موت الموكل ، لأن التوكيل بأمر الموكل ، وقد بطلت أهلية الآمر بالموت ، فتبطل الوكالة علم الوكيل بموته أم لا » .

وجاء فى الخرشى (جزء ٦ ص ٨٦) فى الفقه المالكى : الوكيل إذا علم بموت موكله فإنه ينعزل بمجرد علمه بذلك ولو مفوضا لأن ماله انتقل لغيره ولا يتصرف أحد فى مال الغير إلا بإذنه . وإن لم يعلم الوكيل بموت موكله فهل ينعزل بمجرد الموت أو حتى يبلغه الموت ؟ . تأويلان . : . الموكل إذا عزل وكيله ولم يعلم الوكيل بذلك هل ينعزل بمجرد عزله أو لا ينعزل إلا بعد علمه

بالعزل ؟ فى ذلك خلاف . وفائدته لو تصرف الوكيل بعد العزل وقبل العلم ببيع أو شراء أو نحو ذلك ، هل يلزم الموكل لأن الوكيل معذور بعدم العلم ، أولا يلزمه لأن الوكيل قد انعزل ؟ » .

وجاء فى نهاية المحتاج للرملى (جزء ٥ ص ٥٣ — ص ٥٥) فى فقه الشافعى : «فإن عزله وهو غائب انعزل فى الحال ، لأنه لم يحتج للرضا فلم يحتج للعلم كالطلاق ، وينبغى للموكل الإشهاد على العزل إذ لا يقبل قوله فيه بعد تصرف الوكيل . . وفى قول لا ينعزل حتى يبلغه الخبر . . . وينعزل أيضا بخروج أحدهما — أى الموكل والوكيل — عن أهلية التصرف بموت أو جنون ، وإن لم يعلم به الآخر » .

وجاء فى المغنى (جزء ٥ ص ١١٣ — ص ١١٤) فى الفقه الحنبلى : « الوكالة عقد جائز من الطرفين ، فللموكل عزل وكيله متى شاء ، وللوكيل عزل نفسه . لأنه إذن فى التصرف ، فكان لكل واحد منهما إبطاله ، كما لو أذن فى أكل طعامه . وتبطل أيضاً بموت أحدهما أيهما كان وجنونه المطبق ، ولا خلاف فى هذا كله فيما نعلم. فمتى تصرف الوكيل بعد فسخ الموكل أو موته ، فهو باطل إذا علم ذلك . فإن لم يعلم الوكيل بالعزل ولا موت الموكل ، فعن أحمد فيه روايتان : . . . أنه ينعزل علم أو لا يعلم ، ومتى تصرف فبان أن تصرفه بعد عزله أو موت موكله فتصرفه باطل ، لأنه رفع عقد لا يفتقر إلى رضا صاحبه فلا يفتقر إلى علمه كالطلاق والعتاق . والرواية الثانية عن أحمد لا ينعزل قبل علمه بموت الموكل وعزله . . لأنه لو انعزل قبل علمه كان فيه ضرر ، لأنه قد يتصرف تصرفات فتقع باطلة . فعلى هذه الرواية متى تصرف قبل العلم نفذ تصرفه . وعن أبى حنيفة أنه إن عزله الموكل فلا ينعزل قبل علمه » .

المطلب الثانى

أحكام النيابة فى التعاقد

تمييزان جوهريان فى هذا الموضوع :

نبدأ بإيراد تمييزين جوهريين خاصـين بالفقه الإسلامى فى هذا الموضوع :

(التمييز الأول) هو التمييز بين حكم العقد وحقوقه . فحكم العقد هو الغرض الأصلى من العقد ، ومن ثم يكون حكم البيع هو نقل ملكية المبيع إلى المشترى ونقل ملكية الثمن إلى البائع . وحقوق العقد هى المطالبات والالتزامات التى تنشأ من العقد لتثبيت حكمه وتأكيده وتقويته ، ومن ثم تكون حقوق البيع هى من جانب البائع المطالبة بالثمن وحبس المبيع إلى أن يستوفيه ، ومن جانب المشترى المطالبة بقبض المبيع والمطالبة بضمان الهلاك والاستحقاق والعيب وما إلى ذلك . وقد تقدمت الإشارة إلى هذا التمييز .

(التمييز الثانى) هو التمييز بين إضافة النائب العقد إلى الأصيل وإضافته إلى نفسه . ونستعرض فيما يلى صوراً مختلفة فى إضافة العقد ، لنتبين كيف يضيف النائب العقد إلى الأصيل وكيف يضيفه إلى نفسه .

صور مختلفة فى إضافة العقد :

نفرض أن شخصا يبيع داراً مملوكة لغيره ، فيمكن أن تتدرج صور إضافة العقد من حيث صفة هذا الشخص بالنسبة إلى بيع الدار على النحو الآتى :

١ — لا يكون الشخص نائبا عن مالك الدار ، ويقول للمشترى باع فلان منك هذه الدار ، أو بعتك هذه الدار . فى هذه الصورة يكون البائع فضوليا ، وقد أضاف العقد فى حالة إلى المالك وفى حالة أخرى إلى نفسه .

٢ — يرسل مالك الدار الشخص إلى المشترى ، فيقول له أرسلنى فلان ليقول لك إنه باع منك هذه الدار. فى هذه الصورة يكون الشخص رسولا للمالك وقد أضاف العقد بداهة إلى المالك .

٣ — يكون الشخص وكيلا عن مالك الدار فى بيعها ، فيقول للمشترى باع فلان منك هذه الدار ، أو بعت نيابة عن فلان منك هذه الدار . فى هذه الصورة يكون الشخص وكيلا أضاف العقد إلى الأصيل .

٤ — يكون الشخص وكيلا فى البيع ، فيقول للمشترى بعت منك هذه الدار . فى هذه الصورة يكون الشخص وكيلا أضاف العقد إلى نفسه . ويستوى أن يكون المشترى عالما بالتوكيل أو غير عالم به ؛ كما يستوى أن يعامل المشترى الوكيل باعتباره وكيلا أو باعتباره أصيلا ، والمهم أن يكون الوكيل ، بالرغم من إضافته العقد إلى نفسه ومن أنه يعمل باسمه الشخصى لا باسم الأصيل ، يعمل لحساب الأصيل لا لحساب نفسه . وهذه الصورة هى من خصوصيات الفقه الإسلامى ، ويقرب منها صورة للنيابة (agency) فى القانون الانجليزى تعرف بنظام الأصيل المستور (undisclosed principal) وقد كتبنا عن هذا النظام فى نظرية العقد (ص ٢١٨ هامش رقم ٥) ما يأتى : « فى هذا النظام يتعاقد النائب باسمه شخصيا مع الغير ، ثم يظهر بعد ذلك أنه أراد التعاقد نيابة عن الغير . وبالرغم من أنه لم يذكر ذلك وقت التعاقد ، ومن أن الغير الذى تعامل معه إنما كان يتعامل معه بصفته الشخصية لا بصفته نائباً ، فإن الأصيل المكتوم (المستور) — بعد أن يظهر) — تكون علاقته مع الغير الذى

تعاقد معه النائب علاقة مباشرة ، ويسرى فى حقـه العقد الذى باشره نائبه ، مادام هذا العقد لم تكن فيه شخصية المتعاقدين محل اعتبار ، وما دام يثبت أنه كان يستوى لدى الغير الذى تعامل مع النائب أن يتعامل معه أو مع غيره . وهذا النظام الإنجليزى هو فى الواقع مرحلة إلى الأمام فى نظام الاسم المستعار (prête-nom) الذى تعرفه القوانين اللاتينية — وكذلك القوانين الجرمانية انظر الترجمة الفرنسية الرسمية للقانون الألمانى ص ٢٠١ - ص ٢٠٣ — فإن هذا النظام الأخير لا يجعل العلاقة مباشرة بين الأصيل والغير ، بل يتوسط بينهما النائب ، ويرجع كل منهما عليه . دون أن يرجع أحد منهما على الآخر . أما النظام الإنجليزى فيسمح بهذا الرجوع : انظر ما يقرب من القانون الإنجليزى المادة ٣٢ من قانون الالتزامات السويسرى وهى تقضى بأنه إذا لم يذكر النائب صفته وقت التعاقد ، فإن الأصيل لا يصبح دائنا أو مدينا بطريق مباشر قبل الغير ، إلا إذا كان هذا الغير يمكنه أن يستنتج من الظروف وجود النيابة أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع النائب أو مع الأصيل . وظاهر أن نظرية «الأصيل المكتوم» فى القانون الإنجليزى لا تطبق إلا فى العلاقات المالية التى لا اعتبار فيها للشخص ، فلا تنطبق على وعد بالزواج أو على إيجار العمل ، كذلك لا تنطبق على العقود الشكلية (under seal) فإن هذه العقود لا تسرى إلا فى حق الموقعين عليها » .

٥ — يكون الشخص وكيلا فى البيع ، ولكنه يبيع الدار لحساب نفسه لا لحساب الموكل حتى لا يظهر اسم الموكل فى أية معاملة من معاملات هذا البيع لسبب يبرر ذلك فى نظر الموكل . ثم يشترى الوكيل الدار من الموكل ، وبمجرد شرائها وانتقال ملكيتها إلى الوكيل تنتقل منه إلى المشترى . أو يكون الشخص وكيلا فى الشراء — وهذه هى الحالة العملية الغالبة — فيشترى الدار

لحسابه ثم يبيعها بعد ذلك للموكل[1]. وفى كلتا الحالتين يدعى الوكيل بالمسخر أو بالاسم المستعار (prête-nom). ويستوى أن يكون المتعامل مع الوكيل عالما بالتوكيل أو غير عالم به، والمهم أن يكون الوكيل يعمل لحساب نفسه وأن الطرف الآخر يتعامل منه باعتباره أصيلا لا باعتباره وكيلا وهذا هو الذى يميز الصورة التى نحن بصددها عن الصورة السابقة.

ولا يعنينا من هذه الصور الخمس الصورتان الأولى والثانية والصورة الأخيرة. أما الصورة الأولى، وهى صورة الفضالة، فلأن الفضولى لا يكون نائبا عن مالك الدار إلا بالإجازة، ومتى أجاز المالك البيع أصبح الفضولى وكيلا أضاف العقد إلى الأصيل وهذه هى الصورة الثالثة، أو وكيلا أضاف العقد إلى نفسه وهذه هى الصورة الرابعة. وأما الصورتان الثانية والأخيرة، وهما صورتا الرسول والاسم المستعار، فلأن التعاقد فيهما لا يكون بالنيابة بل بالأصالة.

فيبقى إذن الصورتان الثالثة والرابعة، وهما اللتان تعنياننا هنا. وفى إحداهما يضيف النائب العقد إلى الأصيل، وفى الأخرى يضيف العقد إلى

---

(١) وهذا الضرب من التعامل غير معهود فى الفقه الاسلامى، فالوكيل بالشراء، اذا وكل بشراء شىء بعينه، لايملك أن يشتريه لنفسه، واذا اشترى يقع الشراء للموكل. وأماالوكيل بشراء شىء بغير عينه فانه اذا اشترى يكون مشتريا لنفسه، الا أن ينويه للموكل. جاء فى البدائع «جزء ٦ ص ٣١»: «الوكيل بشراء شىء بعينه لايملك أن يشتريه لنفسه، واذا اشترى يقع الشراء للموكل، لان شراءه لنفسه عزل لنفسه عن الوكالة وهو لايملك ذلك الا بمحضر من الموكل كما لايملك الموكل عزله الا بمحضر منه .. وأما الوكيل بشراء شىء بغير عينه، اذا اشترى يكون مشتريا لنفسه، الا أن ينويه للموكل. وجملة الكلام فيه انه اذا قال اشتريته لنفسى وصدقه الموكل، فالمشترى له. واذا قال الموكل اشتريته لى وصدقه الوكيل، فالمشترى للموكل .. ولو اختلفا .. فان أدى الوكيل الثمن دراهم نفسه فالمشترى له، وان أداه من دراهم موكله فالمشترى لموكله» ويخلص من ذلك أن الوكيل بشراء شىء معين بالذات لايملك الا أن يشتريه لموكله، واذا اشتراه لنفسه وقع الشراء للموكل دون حاجة الى عقد جديد. والوكيل بشراء شىء غير معين بالذات، اذا ثبت انه نوى الشراء لنفسه، ملك ما اشتراه ولايجبر على بيعه لموكله. واذا ثبت أنه نوى الشراء لموكله، وقع الشراء للموكل دون حاجة الى عقد جديد. فلا محل فى هذه الفروض المختلفة لتطبيق القواعد المقررة فى الفقه الغربى للنظام، المعروف بالاسم المستعار.

السنة ويمكن القول بوجه عام إن كل عقد يباشره النائب إما أن يضيفه إلى الأصيل ، وإما أن يضيفه إلى نفسه .غير أن هناك طائفة من التصرفات ، هى الزواج وسائر الإسقاطات والتصرفات التى لا تثبت إلا بالقبض ، لايجوز إضافتها إلى النائب بل يجب إضافتها إلى الأصيل .أماماعداذلك من التصرفات فتضاف ، كما قدمنا، إما إلى الأصيل وإما إلى النائب ، ويدخل فى ذلك حالة ما إذا كان النائب محجورا وحالة ما إذا كان الأصيل هو المحجور .

ولما كان هذا التمييز الجوهرى بين إضافة النائب العقد إلى الأصيل وإضافته إلى نفسه هو المحور الذى تدور عليه أحكام النيابة فى الفقه الإسلامى ، فنستعرض فى بيان هذه الاحكام الصورتين واحدة بعد الأخرى . على أن النائب فى الفقه الإسلامى ، فى الكثرة الغالبة من الأحوال ، يضيف العقد إلى نفسه لا إلى الأصيل ، أما الرسول فيضيف العقد دائما إلى المرسل .

§ ١ - النائب يضيف العقد إلى الأصيل

الطائفة الاولى من العقود التى تجب إضافتها إلى الاصيل - الزواج وسائر الاسقاطات :

هناك طائفة أولى من العقود لايجوز للوكيل أن يضيفها إلى نفسه ، بل يجب أن يضيفها الى الموكل ، وهذه هى الزواج والطلاق على مال والخلع والعتاق على مال والكتابة والصلح عن دم العمد والصلح عن إنكار ، ويجمع هذه العقود فكرة اسقاط الحق ، فهى اسقاطات كلها . فالزواج اسقاط حرمة المرأة على الرجل ، والطلاق اسقاط للحل وكذلك الخلع ، وكل من العتاق والكتابة إسقاط للرق ، والصلح عن دم العمد إسقاط للقصاص ، والصلح عن انكار إسقاط لبعض الحق افتداء للبعض الآخر . ويدخل هذه التصرفات أيضا الإبراء ، إذ هو إسقاط للدين .

فالوكيل عن الزوجة فى الزواج يجب أن يضيف العقد إلى الزوجة ولا يتصور أن يضيفه إلى نفسه، وكذلك الوكيل عن الزوج يجب أن يضيف العقد إلى الزوج فإن أضافه إلى نفسه وقع الزواج له. كذلك الوكيل فى الطلاق على مال أو فى الخلع، سواء كان من جانب الزوج أو من جانب الزوجة، يجب أن يضيف العقد إلى موكله، وهذا هو أيضا شأن سائر الإسقاطات.

فالوكيل فى هذه التصرفات، وهو يضيف العقد إلى موكله، يكون سفيرا محضا أى بمثابة الرسول. ولما كان حكم العقد وحقوقه تنصرف إلى المرسل دون الرسول، فكذلك هنا ينصرف حكم العقد وحقوقه إلى الموكل دون الوكيل. فإذا زوج الوكيل الزوج من زوجته انصرف إلى الزوج دون الوكيل حكم الزواج وحقوقه. فيثبت للزوج دون الوكيل صفة الزوج وهذا هو حكم الزواج. ويطالب الزوج دون الوكيل الزوجة بتسليمها نفسها لزوجها، وتطالب الزوجة الزوج دون الوكيل بمهرها، وهذه هى حقوق الزواج. ويترتب على ذلك أن وكيل الزوجة فى الزواج لا يملك قبض المهر، وفى الخلع لا يطالب ببدل الخلع، ووكيل الزوج فى الخلع ووكيل المولى فى الكتابة لا يملكان قبض بدل الخلع أو الكتابة.

والسبب فى أن حكم العقد وحقوقه فى الإسقاطات تنصرف الى الموكل لا الى الوكيل أن الوكيل يتعين عليه أن يضيف العقد إلى موكله، والقاعدة أن كل عقد يضيفه الوكيل إلى موكله ينصرف حكمه وحقوقه جميعا إلى الموكل دون الوكيل. والسبب فى أن الوكيل يتعين عليه فى الإسقاطات أن يضيف العقد إلى موكله أن الإسقاط لا يقبل الفصل عن التصرف المسقط، فلا يجوز الإسقاط فى حق الوكيل ثم ينتقل الإسقاط إلى حق الموكل لأن الساقط لا يعود، فوجب الإسقاط فى حق الموكل مباشرة وهذا هو الحكم، وتتبع الحقوق الحكم فى تعلقها مباشرة بالموكل. أما فى المعاوضات كالبيع فالحكم يثبت للموكل خلافة عن الوكيل، فأمكن ابقاء الحقوق للوكيل وصرف الحكم الى الموكل. ويبدو من

من استعراض التصرفات المسقطة ، وهى التى ذكرناها فيما تقدم ، أنها لاتخلو من اتصالها بشخص المتصرف ، ومن ثم وجب على الوكيل أن يضيفها اليه ، ولعل فكرة الإسقاط ذاتها تستدعى الاتصـــال بالشخص . ومتى أضيف التصرف إلى الموكل ، انصرف إلى الموكل دون الوكيل حكم التصرف وحقوقه جميعا كما سبق القول .

ونقل هنا بعض النصوص الفقهية فى هذا الصدد : جاء فى الزيلعى (جزء ٤ ص ٢٥٧) : « وفيما يضيفه إلى الموكل كالنكاح والخلع والصلح عن دم عمد أو عن إنكار تتعلق بالموكل ، فلا يطالب وكيله بالمهر ولا وكيلها بتسليمها أى فى كل عقد يضيفه إلى الموكل فحقوقه تتعلق بالموكل وذلك كالنكاح الخ . لأن الوكيل فيها سفير محض ، ولهذا لايستغنى عن اضافته إلى الموكل ، حتى لو أضافه الى نفسه وقع النكاح له . فصار كالرسول ، فلايتصور أن يكون السبب صادرا من شخص على سبيل الأصالة والحكم واقع لغيره ، فجعلناه سفيرا ، وهذا لأن الحكم هنا لا يقبل الفصل عن السبب ، لأنها من قبيل الإسقاطات . أما غير النكاح فظاهر ، وكذا النكاح لأنها تسقط مالكيتها بعقد النكاح ، ولأن الأصل فى الأبضاع الحرمة ، فكان النكاح إسقاطا للحرمة نظرا إلى الأصل . . والساقط متلاش ، فلا يجوز أن يسقط فى حق الوكيل ثم يسقط ثانيا فى حق الموكل بالانتقال ، لأن الساقط لايعود إلا بسبب جديد ، فكان حكم النكاح ثابتا لمن أضيف إليه ابتداء ، وهو الموكل . بخلاف البيع ، فإن حكمه يقبل الفصل عن السبب كما فى البيع بشرط الخيار ، فجاز أن يصدر السبب من شخص أصالة ويقع الحكم لغيره . فلاحاجة إلى جعله غير أصل ، إذ جواز الانتقال عنه يمنع من ذلك » . وجاء فى تكملة فتح القدير (جزء ٦ ص ١٩-٢٠) « كل عقد لايستغنى الوكيل فيه عن الإضافة إلى الموكل ، كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد ، فإن حقوقه تتعلق بالموكل دون الوكيل . ففرع على ذلك قوله فلا يطالب بصيغة المجهول وكيل الزوج بالمهر ولا يلزم وكيل المرأة

تسليمها — أى تسليم المرأة إلى زوجها — لأن الوكيل . . فى هذه العقود سفير محض ، أى معبر محض حاك قول الموكل ، ومن حكى قول الغير لا يلزمه حكم قول ذلك الغير . . فصار كالرسول ، يعنى إذا كان الوكيل فى هذا الضرب سفيراً محضا فقد صار كالرسول فى باب البيع ونحوه ، ولا شك أن الحكم فى الرسالة يرجع إلى المرسل دون الرسول . . لأن الحكم . . فى هذه العقود لا يقبل الفصل عن السبب ، حتى لم يدخل فيها خيار الشرط إذ الخيار يدخل على الحكم فيوجب تراخيه عن السبب . وهذه العقود لا تقبل ذلك . . لأن السبب فى هذه العقود إسقاط . . وإذا كان السبب فى هذه العقود إسقاطا فيتلاشى . . فلا يتصور . . صدور السبب بطريق الإصالة من شخص وثبوت حكمه لغيره . . فكان الوكيل فيما نحن فيه سفيراً محضا .

فإن قلت ليس الكلام فى الحكم بل الحقوق فما فائدة قوله لأن الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب ، قلت إنهم قالوا فى الضرب الأول إن الحكم يثبت للموكل خلافة عن الوكيل اعتبارا للتوكيل السابق وتتعلق الحقوق بالوكيل اعتبارا لعبارته. وهنا إذا لم ينفصل الحكم عن العبارة لكونها للإسقاط فإما أن يثبت الحكم للوكيل أو تنتقل العبارة إلى الموكل ، والأول باطل لأنه يبطل التوكيل وينافى الإضافة إلى الموكل، فتعين الثانى وإليه أشار بقوله فكان سفيراً».

الطائفة الثانية من العقود التى تجب إضافتها إلى الأصيل — العقود التى لا تثبت إلا بالقبض :

والطائفة الأخرى من العقود التى تجب إضافتها إلى الأصيل هى العقود التى لا تثبت إلا بالقبض ، وهى الهبة والصدقة والقرض والعارية والوديعة والرهن [١] ، أى العقود التى تسمى فى الفقه الغربى بالعقود العينية .

---

(١) ويضاف عادة الى هذه العقود الشركة والمضاربة . جاء فى تكملة فتح القدير « جزء ٦ ص ٢٢ » : « وكذا الشركة والمضاربة ، يعنى اذا وكل بعقد الشركة او المضاربة يكون الوكيل =

فالوكيل عن الموهوب له أو المستعير أو المودع عنده أو المرتهن يجب أن يضيف العقد إلى موكله[٢] . والوكيل فى هذه التصرفات ، وهو يضيف العقد إلى موكله، يكون هنا أيضاً سفيراً محضا بمثابة الرسول. ومن ثم ينصرف حكم

= سفيرا ايضا ، وتتعلق حقوق العقد بالموكل دون الوكيل ، اذ لابد له من اضافة العقد الى موكله ، حتى لو اضافه الى نفسه يقع عنه لا عن موكله » . وظاهر أن الشركة والمضاربة لايدخلان فى العقود التى لاتثبت الا بالقبض ، أو فى القليل لاتدخل الشركة . ويبدو أن مايتسم به العقدان من طابع شخصى ـ شأنهما فى ذلك شأن الاسقاطات ـ هو الذى يدعو الى القول بأنه يجب أن يضيف الوكيل فيهما العقد الى الموكل .

(١) أما التوكيل بالاقتراض فهو على ماتقول الهداية باطل . ويقول البابرتى فى العناية تفسيرا لذلك : «واعلم أنى أعيد لك ههنا ماذكرته فى أول كتاب الوكالة ، وازيدك مايسر الله ذكره ، لكون المقام من معارك الاراء . فان ظهر فاحمد الله ، وان سمح ذهنك بخلافه فلا ملومة فان جهد المقل دموعه . التوكيل بالاستقراض لايصح ، لانه أمر بالتصرف فى مال الغير وانه لايجوز . وورد بالتوكيل بالشراء فانه أمر يقبض المبيع وهو ملك الغير ، واجيب بأن محله هو الثمن فى ذمة الموكل وهو ملكه . وأورد بأنه هلا جعل محله فى الاستقراض البدل فى ذمة الموكل ، واجيب بأن ذلك محل ايفاء القرض لا الاستقراض . وأورد التوكيل بالاتهاب والاستعارة فانه صحيح ولا محل له سوى المستعار والموهوب اذ ليس ثمة بدل على المستعير أو الموهوب له ليجعل محلا للتوكيل . والجواب أن المستعار والمرهوب محل التوكيل بالاعارة والهبة لا الاستعارة والاتهاب ، وانما محله فيهما عبارة الموكل ، فانه ينصرف فيها بجعلها موجبة للملك عند القبض باقامة الموكل مقام نفسه فى ذلك . فان قيل فليكن فى الاستقراض كذلك ، فالجواب انا اعتبرنا العبارة محلا للتوكيل فى الاستعارة ونحوها ضرورة صحة العقد خلفا عن بدل يلزم فى الذمة اذ لم يكن فيها بدل فى الذمة ، فلو اعتبرناها محلا له فى الاستقراض وفيه بدل معتبر للايفاء فى الذمة لزم اجتماع الاصل والخلف فى شخص واحد من جهة عقد واحد وهو لايجوز » . ويرد قاضى زارة فى تكملة فتح القدير على هذا التفسير ردا مطولا ، يقول فيه : « أقول فيه بحث . أما أولا فلان الدليل الذى ذكره لبطلان التوكيل بالاستقراض وهو الدليل المأخوذ من الذخيرة ومختار جمهور الشراح على ماذكروا فى صدر كتاب الوكالة ليس بتام عندى ، لان التصرف فى ملك الغير والامر به انما لايجوز لوكان بغير اذن المالك ورضاه كما لو غصبت ملك الغير أو أمر بغصبه ، وأما اذا كان باذنه ورضاه فيجوز قطعا . الا يرى أن المستقرض لنفسه يقبض المال المستقرض الذى هو ملك المقرض ويتصرف فيه ، وكذا المستعير يقبض المستعار الذى هو ملك المعير ويستعمله ، ولا خلاف لاحد فى جواز ذلك ، والظاهر أن التوكيل بالاستقراض انما هو الامر بالتصرف فى ملك المقرض باذنه ورضاه لا بالجبر =

وقد فرقنا هنا بين الوكيل من قبل المالك كالوكيل عن الواهب وبين الوكيل من قبل من يثبت له الملك كالوكيل عن الموهوب له . فالأول لايجب عليه أن يضيف العقد إلى موكله ، وهو إذا أضاف العقد إلى نفسه صح ذلك ، ولكن حكم العقد وحقوقه جميعا ترجع إلى الموكل سواء أضاف العقد إلى الموكل أو أضافه إلى نفسه . والثانى ، وهو الوكيل من قبل من يثبت له الملك ، يجب عليه أن يضيف العقد إلى موكله ، فينصرف حكم العقد وحقوقه إلى الموكل دونه. أما إذا أضاف العقد إلى نفسه،فإن العقد،حكما وحقوقا يقع له هو دون الموكل. جاءنا فى شرح المجلة لسليم باز (ص٧٨٠ — ص٧٨١) : « أما الوكيل بطلب الهبة والصدقة والإعارة والرهن لوقال هبنى أو تصدق على أو أعرنى أو أرهن عندى ، وقع ذلك له لا للموكل . أما الوكيل من الجانب الآخر ، كما إذا دفع إلى رجل مالا ووكله أن يهبه لفلان أو يتصدق به عليه أو يعيره منه ، فإنه لو قال وهبتك أو تصدقت عليك أو أعرتك الخ صح ، ولا حاجة لأن يقول وهبتك هذه الألف التى لفلان الموكل (تكملة) ويظهر من هذا أن المقصود بالوكيل هنا الوكيل من قبل من يثبت له الملك لا من قبل المالك ، وإلا لما صحت الهبة من الوكيل الواهب والمعبر لأنه لم يضفها إلى موكله. ثم اعلم أن حقوق العقد فى هذه العقود التى لا بد من إضافتها إلى الموكل تتعلق بالموكل فقط لكون الوكيل سفيرا محضا ، فكان كالرسول (در مختار). فلا مطالبة عليه بتسليم الهبة ، ولو استحق الموهوب بعد هلاكه فى يد الموهوب له وضمانه للمستحق لايرجع الموهوب له على الوكيل بل على الموكل (در مختار) . وكذا ليس لوكيل الواهب أن يرجع فى الهبة ، ولو أراد الواهب الرجوع وكان الموهوب فى يد وكيل الموهوب له لم يكن له أن يرجع على هذا الوكيل الذى لايصلح خصما (هندية) » .

وجاء فى البحر (٧ص١٥٢) «وكله أن يرتهن عبد فلان بدينه أو يستعيره له أو يستقرض له ألفا ، فإنه يضيف العقد إلى موكله دون نفسه ، فيقول إن

زيدا يستقرض منك كذا أو يسترهن عبدك أو يستعير منك ، ولو قال هب لى أو أعرنى أو أقرضنى أو تصدق على فهو للوكيل » . ونقرأ هنا أن التوكيل بالاقتراض جائز .

ويبدو أن السبب فى هذه التفرقة يرجع إلى أن الوكيل من قبل المالك لاشبهة فى أنه يتصرف لحساب المالك حتى لو أضاف العقد إلى نفسه . فهو يسلم شيئا ليس له بل له للمالك وبإذن هذا المالك ، فوقع العقد للمالك حكما وحقوقا ولو أضاف الوكيل العقد إلى نفسه ، لأن العقد لايتم إلا بالقبض والوكيل لا يكون أصيلا فى القبض كما قدمنا . أما الوكيل من قبل من يثبت الملك ، فيحتمل أن يكون قابضا لحق الموكل أو قابضا لحق نفسه ، فإذا أضاف العقد للموكل انصرف إلى الموكل حكم العقد وحقوقه كما قدمنا ، وإذا أضاف العقد إلى نفسه وقع له العقد (قارن الأستاذ شفيق شحاته فى محاضراته غير المطبوعة فى نظرية النيابة ص ٨٣) .

غير ماتقدم من العقود لا تجب فيه إضافة العقد إلى الموكل ولكن تجوز هذه الاضافة — مايترتب على إضافة العقد للموكل :

وفى غير ماقدمناه من التصرفات التى تجب إضافتها إلى الموكل ، وهى الإسقاطات والعقود التى لاتتم إلا بالقبض ، وبوجه خاص فى المعاوضات كالبيع والإيجار ، تضطرب عبارات الفقهاء فيما إذا كان يضيف الوكيل العقد إلى نفسه أو يضيفه إلى موكله .

والظاهر أن الأصل فى الفقه الإسلامى أن الوكيل يضيف العقد إلى نفسه ، وهذا هو الذى يميزه فى العمل عن الرسول . ومن الأغراض الجوهرية للوكالة أن يقوم الوكيل بأعباء العقد عن الموكل ، فيضيف العقد إلى نفسه فتنصرف إليه دون الموكل حقوق العقد كما سنرى . فهو الذى يطالب المتعاقد الآخر ، وهو الذى يطالبه المتعاقد الآخر . أما الموكل فيبقى بمعزل عن كل ذلك ، وبعد أن

انصرف له حكم العقد تحقيقا للوكالة ، يرجع على الوكيل فى حقوق العقد وهو إنما وكله من أجل ذلك . هذا هو الأصل ، وهو الذى يقع فعلا فى العمل فى الكثرة الغالبة من الأحوال . وقد رأينا أن هذا هو الذى كان يقع أيضا فى القانون الرومانى.

ولكن هل يجوز للوكيل — مع بقائه وكيلا لا رسولا — أن يضيف العقد إلى موكله ؟ يبدو أن الرأى غير مستقر فى مذهبى الحنفية والشافعية ، أما فى مذهبى المالكية والحنابلة فالظاهر أن هذا يجوز .

المذهب الحنفى :

لهذه المسألة فى المذهب الحنفى أهمية خاصة ، لأن هذا المذهب يتشدد أكثر من المذاهب الأخرى فى جعل حقوق العقد تنصرف إلى الوكيل إذا أضاف الوكيل العقد إلى نفسه، وتنصرف إلى الموكل إذا أضيف إليه العقد . ومن ثم كان مهما أن نعرف هل يجوز فى هذا المذهب للوكيل أن يضيف العقد إلى الموكل حتى تنصرف إلى الموكل دون الوكيل حقوق العقد . أما فى المذاهب الأخرى ، فإن إضافة العقد إلى الوكيل لاتستلزم حتما انصراف حقوق العقد إليه ، فكثيرا ماتنصرف حقوق العقد إلى الموكل بالرغم من إضافة العقد إلى الوكيل . وتتوسع هذه المذاهب الأخرى فى ذلك كثيرا ، فهى لاتختلف فى التوسع وإنما تتفاوت فى درجته . وما دامت حقوق العقد تنصرف إلى الموكل غالبا حتى لو أضاف الوكيل العقد إلى نفسه ، فإن جواز إضافة الوكيل العقد إلى موكله ليس له من الأهمية فى هذه المذاهب ماله فى المذهب الحنفى ، فسواء أضاف الوكيل العقد إلى نفسه أو أضافه إلى موكله فإن حقوق العقد فى الكثرة الغالبة من الأحوال تنصرف إلى الموكل ، وهذا بخلاف المذهب الحنفى كما سبق القول .

والذى يستخلص من نصوص الفقه الحنفى أن هناك رأيا يذهب إلى أنه

لا يجوز للوكيل فى غير الإسقاطات وعقود القبض إضافة العقد إلى الموكل بل يجب عليه أن يضيف العقد إلى نفسه ، لأن هذا هو الغرض الأصلى من الوكالة .

وهناك رأى يذهب إلى النقيض من ذلك ، فيجيز للوكيل إطلاقا أن يضيف العقد إلى موكله ، كما يجيز له أن يضيف العقد إلى نفسه . فما لم يمنع الموكل الوكيل من إضافة العقد إلى الموكل ، كان الوكيل بالخيار ، إذا شاء أضاف العقد إلى الموكل ، وإذا شاء أضاف العقد إلى نفسه . ولكن الغالب فى العمل ، كما قدمنا ، أن الوكيل يضيف العقد إلى نفسه لا إلى الموكل ، فينصرف إليه دون الموكل حقوق العقد ، ولا يجوز للموكل فى هذه الحالة أن يشترط ألا تتعلق الحقوق بالوكيل .

وهناك رأى ثالث يتوسط بين الرأيين ، فيذهب إلى أن الأصل هو أن الوكيل يضيف العقد إلى نفسه ، فتنصرف إليه حقوق العقد . ولا يجوز له أن يضيفه إلى موكله ، فتنصرف إلى الموكل حقوق العقد ، إلا إذا وافق الموكل على ذلك إما بإذن سابق أو بإقرار لاحق .

ويبدو أن الرأى الثانى ، وهو الرأى الذى يطلق الجواز فيكون الوكيل بالخيار إذا شاء أضاف العقد إلى نفسه وإذا شاء أضافه إلى الموكل مع بقائه وكيلا لا رسولا ، هو الرأى الظاهر . ومهما يكن من أمر ، ففى جميع الأحوال التى يضيف فيها الوكيل العقد إلى الموكل حيث يجوز له ذلك ، ينصرف حكم العقد وحقوقه جميعا إلى الموكل دون الوكيل ، كما رأينا فى الإسقاطات وفى العقود التى لا تتم إلا بالقبض .

وننقل هنا بعض نصوص الفقه الحنفى التى تعرض لرأى أو لآخر من الآراء الثلاثة التى تقدم ذكرها .

جاء فى البحر الرائق (جزء ٧ ص ١٤٧ – ص ١٤٨) مايؤيد الرأى الأول من أن الوكيل يجب عليه أن يضيف العقد إلى نفسه ولا يجوز له أن

يضيف العقد إلى الموكل : « قوله والحقوق فيما يضيفه الوكيل إلى نفسه كالبيع والإجارة والصلح عن إقرار تتعلق بالوكيل إن لم يكن محجوراً كتسليم المبيع وقبضه وقبض الثمن والرجوع عند الاستحقاق والخصومة فى العيب : لأن الوكيل هو العاقد حقيقة ، لأن العقد يقوم بالكلام وصحة عبارته لكونه آدميا ، وكذا حكما لأنه يستغنى عن إضافة العقد إلى الموكل ولو كان سفيراً عنه ما استغنى عن ذلك كالرسول . وإذا كان كذلك ، كان أصيلا فى الحقوق فتتعلق به . وفى النهاية حتى لو حلف المشترى ما للموكل عليه شىء كان باراً فى يمينه ، ولو حلف ما للوكيل عليه شىء كان حانثاً اهـ . والمراد بقوله فيما يضيفه الوكيل : فى كل عقد لابد من إضافته إليه لينفذ على الموكل ، وليس المراد ظاهر العبارة من أنه قد يضيفه وقد لا يضيفه فإن اضافه إلى نفسه تتعلق بالوكيل وإن أضافه إلى موكله تتعلق بالموكل ، كما فهمه ابن الملك فى شرح المجمع ، لما فى الخلاصة والبزازية وكيل شراء العبد جاء إلى مالكه فقال بعت هذا العبد من الموكل وقال الوكيل قبلت لا يلزم الموكل لأنه خالف حيث أمره ألا ترجع إليه العهدة وقد رجع . قال أبو القاسم الصفار والصحيح أن الوكيل يصير فضوليا ويتوقف العقد على اجازة الموكل اهـ . » .

وجاء فى الزيلعى (جزء ٤ ص ٢٦٣) ما يفهم منه تأييد الرأى الثانى من أن الوكيل فيما لا تجب عليه إضافته إلى الموكل تجوز له هذه الإضافة : « ولو وكله بشراء شىء بعينه لا يشتريه لنفسه : معناه لا يتصور أن يشتريه لنفسه ، بل لو اشتراه ينوى بالشراء لنفسه أو تلفظ بذلك يكون للموكل ، لأن فيه عزل نفسه وهو لا يملك عزل نفسه والموكل غائب ، حتى لو كان الموكل حاضراً وصرح بأنه يشتريه لنفسه كان المشترى له ، لأن له أن يعزل نفسه بحضرة الموكل وليس له أن يعزل نفسه من غير علمه لأن فيه تغريراً له . . . بخلاف ما إذا وكله أن يزوجه امرأة معينة حيث جاز له أن يتزوج بها ، لأن النكاح الذى أتى به الوكيل غير داخل تحت أمره ، لأن الداخل تحت الوكالة نكاح مضاف إلى الموكل ، فكان مخالفا بإضافته إلى نفسه فانعزل . وفى الوكالة

بالشراء الداخل فيها شراء مطلق غير مقيد بالإضافة إلى أحد ، فكل شيء أتى به لا يكون مخالفاً به ، إذ لا يعتبر فى المطلقات إلا ذاته دون صفاته فيتناول الذات على أى صفة كانت ، فيكون موافقا بذلك حتى لو خالف مقتضى كلام الآمر » .

وتبسط محمد علاء الدين فى تكملة ابن عابدين (جزء أول ص ٢٢٠ — ص ٢٢٢) فى عرض هذه المسألة الدقيقة فأورد الآراء الثلاثة فيها ، مع ميل إلى الرأى الثالث من أن الوكيل لا يجوز له إضافة العقد إلى موكله إلا بموافقة الموكل بناء على إذن سابق أو إقرار لاحق : « قوله لابد من إضافته إلى الوكيل إلخ : قال فى البحر والمراد فيما يضيفه الوكيل فى كل عقد لابد من إضافته إليه لينفذ على الموكل ، وليس المراد ظاهر العبارة من أنه قد يضيفه وقد لا يضيفه فإن أضافه إلى نفسه تتعلق بالوكيل وإن أضافه إلى موكله تتعلق بالموكل ، كما فهمه ابن ملك فى شرح المجمع لما فى الخلاصة والبزازية وكيل شراء العبد جاء إلى مالكه فقال بعت هذا العبد من الموكل وقال الوكيل قبلت لا يلزم الموكل لأنه خالف حيث أمره ألا ترجع إليه العهدة وقد رجع . قال أبو القاسم الصفار والصحيح أن الوكيل يصير فضوليا ويتوقف العقد على إجازة الموكل انتهى . وفى المجمع وتعلق حقوق العقد فيما يضاف إلى الوكيل به ، قال ابن ملك قيد بقوله فيما يضاف إلى الوكيل لأن الوكيل بالبيع والشراء لو أضاف العقد إلى الموكل ترجع حقوق العقد إلى الموكل اتفاقا كذا فى الفصول اهـ . فقد ادعى الاتفاق مستنداً للفصول فكيف يكون مجرد فهم منه فتأمل . وفى المجتبى كل عقد يضيفه الوكيل إلى نفسه ، أراد به أن تصح إضافته إلى نفسه ويستغنى عن إضافته إلى الموكل ، لا أنه شرط ، ولهذا لو أضاف الوكيل بالشراء الشراء إلى الموكل صح بالإجماع . وقوله وكل عقد لو أضافه إلى الموكل ، مراده أنه لا يستغنى عن الإضافة الى موكله حتى أنه لو أضافه إلى نفسه لا يصح ، فلفظ الإضافة واحد ومراده مختلف اهـ . قال الخير الرملى هذا شاهد لما فهمه شارح المجمع اهـ . وهو بظاهره إقرار

لصاحب البحر بأن مافى شرح المجمع فهم من شارحه ، إلا أن يكون ذكره مجاراة لعبارة البحر . هذا ولك أن تنفى المنافاة بين مافى البزازية وشرح المجمع بحمل مافى شرح المجمع من قوله لأن الوكيل بالبيع والشراء على النافذين لتبادرهما لغيرهما لا تتعلق حقوقه بالموكل قبل الإجازة لفرعية تعلق الحقوق عن النفاذ ، وليس فى عبارة البزازية ما ينفى تعلق الحقوق بالموكل بعد النفاذ بالإجازة ، فلنلتزمه ليحصل التوفيق . وقد علمت أن عدم تعلق الحقوق بالموكل فى مسألة البزازية إنما تأتى من المخالفة ، فلو صدر التوكيل على وجه ينفى المخالفة بأن أذن له الموكل بإضافة العقد إليه ، فالظاهر نفاذ العقد لعدم المخالفة كما هو مفهوم البزازية ، وإذا نفذ العقد هل تتعلق بالموكل أو الوكيل؟ لاشيء فى كلام البزازية يدل على إيجابه أو نفيه . فنقول تتعلق بالموكل عملا بما فى شرح المجمع والمجتبى ، إذ لم يوجد ما ينافيهما ، كيف وقد ادعيا الاتفاق . فتأمله بعين التحقيق ، فإنه بالتأمل حقيق ، ليظهر حقيقة الحال ، والله الميسر لبلوغ الآمال . وتوجيه مافى البحر بأن يقال إن عبارة شرح المجمع مطلقة ، فالظاهر أنها شاملة لصورة المخالفة الواقعة فى البزازية ، وأنه إذا أضاف إلى الموكل فيهما ينفذ البيع للحال وتتعلق الحقوق به ، مع أن المنقول بخلافه . وحيث وقع فى الفصول الحكم مطلقا كما استند إليه الشارح المذكور ، فهو مقيد بما فى البزازية . غير أن الشارح فهمه على إطلاقه ، ولم يقيده بالبيع النافذ . وظاهر من كلام البحر عدم منع الحكم فى النفاذ . وإذا حملت كلام شارح المجمع على ما قلناه ، وقيدت مستنده بما فى البزازية ، وعلمت أن كلام البحر لا ينبو عن الحكم المذكور ، ارتفع الخلاف ، كما يشهد بذلك الإنصاف . فالمؤاخذة التى وردت على صاحب شرح المجمع من صاحب البحر تستند إلى إطلاق عبارة شارح المجمع لا غير ، والله تعالى أعلم . أقول فما فى شرح المجمع مقيد بما إذا أجاز الموكل العقد ، فلا ينافى ماذكره الصفار . وإذا صح هذا التوفيق ، ظهر الجواب عما نقل عن المقدسى من قوله ثم إذا أجاز الموكل

ذلك هل ترجع الحقوق إلى الوكيل لأن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة إنتهى . وهذا التعليل مؤيد للتوفيق المتقدم ، والله أعلم . وفى حاشية أبى السعود وتعبير ابن الكمال بقوله يكتفى بالإضافة إلى نفسه صريح فى أن إضافته إلى نفسه ليس بلازم ، خلافا لمن عبر به بلا بد كالبحر وتبعه المصنف . لكن الشارح نقل كلام ابن ملك ، وأمر بحفظه ، وأيده بقول ابن الكمال المتقدم ، ورد على المصنف فيما يأتى بقوله : فقوله لابد ، فيه مافيه . وحينئذ يتجه ماذكره ابن ملك ، ويسقط مااعترض به فى البحر عليه، ومافى الخلاصة والبزازية لا ينافى جواز الإضافة إلى كل منهما وإن كان اللزوم على الموكل فيما إذالم يضف الوكيل العقد إلى نفسه بأن أضافه إلى الموكل يتوقف على صدور الإجازة منه . ثم رأيت فى الزيلعى من باب الوكالة بالبيع والشراء التصريح بعدم لزوم إضافة الوكيل فى الشراء ونحوه العقد إلى نفسه ، حيث قال فى شرح قول المصنف ولو وكله بشراء شىء بعينه لايشتريه لنفسه مانصه : بخلاف مالووكله أن يزوجه امرأة معينة حيث جازله أن يتزوج بها ، لأن النكاح الذى أتى به الوكيل غير داخل تحت أمره ، لأن الداخل تحت الوكالة نكاح مضاف إلى الموكل ، وفى الوكالة بالشراء الداخل فيها شراء مطلق غير مقيد بالإضافة إلى أحد ، فكل شىء أتى به لايكون مخالفا إلخ . فهذا من الزيلعى صريح فيما ذكره ابن ملك . واعلم أن قول الزيلعى وفى الوكالة بالشراء الداخل فيها شراء مطلق إلخ صريح أيضاً فى أن الوكيل إذا أضاف العقد إلى الموكل لايكون مخالفا ، ويلزمه العقد ، ولايتوقف على إجازته ، خلافا لما سبق عن الخلاصة والبزازية انتهى ملخصا » .

مذهب الشافعى : الظاهر من نصوص هذا المذهب أنه لايجوز للوكيل أن يضيف العقد إلى الموكل ، بل يجب أن يضيف العقد إلى نفسه ، وهذا بخلاف العقود التى تجب إضافتها إلى الموكل كالزواج . وهذا هو المذهب ، على أن هناك رأيا آخر يذهب إلى جواز أن يضيف الوكيل العقد إلى الموكل .

ولما كانت حقوق العقد فى مذهب الشافعى تنصرف غالبا إلى الموكل حتى لو

أضاف الوكيل العقد إلى نفسه ، فليس لهذا الخلاف الأهمية التى له فى المذهب الحنفى كما سبق القول . على أنه إذا صح فى مذهب الشافعى أنه يجوز للوكيل إضافة العقد للموكل ، فلا شك فى أن حكم العقد وحقوقه جميعا فى هذه الحالة تنصرف إلى الموكل ، وهذا من باب أولى .

ونقل هنا بعض نصوص المذهب فى هذا الصدد : جاء فى نهاية المحتاج للرملى (جزء ٥ ص٤٨) :

ولو قال بعت هذا موكلك زيداً ، فقال اشتريت له ، فالمذهب بطلانه ولو وافق الإذن وحذف له ، لانتفاء خطاب العاقد . وإنما كان ذكره متعينا فى النكاح ، لأن الوكيل فيه سفير محض ، إذ لا يمكن وقوعه له بحال . فإن قال بعتك لموكلك ، وقال قبلت له . صح جزماً كما قاله فى المطلب . ولم يصرح فى الروضة ولا أصلها بمقابل المذهب ، ويؤخذ من التعليل أن ذلك فى موافق الإذن » . وجاء فى حاشية الشبراملسى (ص ٤٨) تعقيبا على ما تقدم : « قوله بمقابل المذهب : عبارة المحلى بعد ما ذكر فى الكتابة حكاية وجهين فى المسألة » . وجاء فى مغنى المحتاج للشربينى (ج٢ ص٢٣٠) : « وإن قال بعت موكلك زيدا فقال اشتريت له فالمذهب بطلانه : أى العقد لأنه لم يجر بين المتعاقدين مخاطبة ، ولم يصرح فى الروضة ولا أصلها بمقابل المذهب . ويؤخذ من هذا التعليل أن ذلك فى موافق الإذن . وفى الكفاية حكاية وجهين فى المسألة . وفى المطلب : لو قال بعتك لموكلك فلان ، فقال قبلت له ، صح جزما . أو بعتك لنفسك وإن كنت تشتريه للغير فلا أبيعه لك ، فاشتراه للغير ، لم يصح بلا خلاف . ولو لم يصرح البائع بلفظ الموكل بل باسمه ، فقال بعت زيدا ، فقال المشترى اشتريت له ، ونواياه ، فكالتعبير بالموكل » .

المذهب المالكى والحنبلى : والظاهر من نصوص هذين المذهبين أن الوكيل يجوز له أن يضيف العقد إلى نفسه وهذا هو الأصل والغالب فى العمل .

كما يجوز له أن يضيف العقد إلى موكله . وإذا أضاف العقد إلى موكله ، انصرف حكم العقد وحقوقه جميعا إلى الموكل دون الوكيل دون استثناء . وكذلك إذا أضاف العقد إلى نفسه ، فالغالب كما سنرى أن ينصرف إلى الموكل دون الوكيل حكم العقد وحقوقه . فليس لإضافة العقد إلى الوكيل أو إلى الموكل فى هذين المذهبين الأهمية التى رأيناها فى المذهب الحنفى كما سبق القول .

جاء فى الشرح الكبير للدردير (أنظر حاشية الدسوقى ج٣ ص٣٨٢ - ٣٨٣): « وطولب بثمن لسلعة اشتراها لموكله أو باعها له ، ومثمن كذلك اشتراه أو باعه لموكله ، ما لم يصرح بالبراءة من الثمن والمثمن . فإن صرح ، بأن قال لا أتولى ذلك ، لم يطالب ، وإنما يطالب موكله . وشبه فى مفهوم لم يصرح قوله : كبعثنى فلان لتبيعه كذا أو ليشترى منك كذا ، فلا يطالب بالثمن . لا إن قال : بعثنى لأشترى منك أو لأشترى له منك ، فيطالب الرسول ، ما لم يقر المرسل بأنه أرسله فالطلب على المرسل» . وجاء فى حاشية الدسوقى (ص ٣٨٣) تعقيبا على ما تقدم : « قوله لا أشترى منك الخ : الفرق بين هذه وما قبلها أنه فى هذه أسند الشراء لنفسه ، وما قبلها أسنده لغيره » .

إقرار الفقه الإسلامى للنيابة كاملة — تقدم فى إضافة العقد للموكل على الفقه الرومانى ومحاكاة الفقه الغربى الحديث :

إلى هنا ويقر الفقه الإسلامى النيابة كاملة . ألا ترى أنه لا خلاف فى المذاهب الأربعة فى أنه حيث يصح للوكيل إضافة العقد للموكل ، ينصرف حكم العقد وحقوقه جميعا إلى الموكل دون الوكيل . وإضافة الوكيل العقد إلى الموكل معناه فى الفقه الغربى أن الوكيل يعمل باسم الموكل ، وهذا شرط فى تحقق النيابة فى الفقه الغربى كما رأينا .

فالفقه الإسلامى أقر إذن النيابة كاملة ، إذ جعل العلاقة مباشرة بين الموكل والغير فى كل من حكم العقد وحقوقه جميعاً ، واختفى شخص الوكيل

من بينهما ، كما هو الأمر فى الفقه الغربى فى أحدث مراحل تقدمه . فالفقه الإسلامى فى هذا يحاكى الفقه الغربى ، بعد أن خطا هذا الفقه الأخير خطواته الواسعة فى مدارج التقدم . بل إن الفقه الإسلامى يبز فى الأخذ بمبدأ النيابة كاملة الفقه الرومانى ، فقد رأينا أن القانون الرومانى لم يصل فى أية مرحلة من مراحل تطوره إلى إقرار مبدأ النيابة إقرارا كاملا كما فعل الفقه الإسلامى.

وكان سبيل الفقه الإسلامى ، فى هذه الخطوة الرائعة التى خطاها فسبق فيها الزمن ، أنه قاس الوكيل الذى يضيف العقد إلى الموكل على الرسول ، فاعتبر كلا منهما سفيرا ، الرسول عن المرسل والوكيل عن الموكل . ولما كان حكم العقد وحقوقه جميعا ترجع إلى المرسل دون الرسول ، فكذلك هى تنصرف إلى الموكل دون الوكيل . نقرأ ذلك صريحاً فى نصوص الفقه الإسلامى ، فهذا صاحب تكملة فتح القدير يقول فى العقود التى تجب إضافتها إلى الموكل : « لأن الوكيل . . فى هذه العقود سفير محض ، أى معبر محض حاك قول الموكل ، ومن حكى قول الغير لا يلزمه حكم قول ذلك الغير . ألا يرى أنه — أى الوكيل — لا يستغنى عن إضافة العقد إلى الموكل فصار كالرسول . يعنى إذا كان الوكيل فى هذا الضرب سفيرا محضا ، فقد صار كالرسول فى باب البيع ونحوه ، ولا شك أن الحكم فى الرسالة يرجع إلى المرسل دون الرسول » (تكملة فتح القدير ٦ ص ١٩) . وليس معنى قياس الوكيل على الرسول أن الفقه الإسلامى خلط بين الوكيل والرسول ، بل هو ميز بينهما كل التمييز ، فتقرأ فى النصوص « أن الموضوع لنقل العبارة إنما هو الرسالة ، فإن الرسول معبر ، والعبارة ملك المرسل ، فقد أمره بالتصرف فى ملكه باعتبار العبارة . وأما الوكالة فغير موضوعة لنقل عبارة الموكل ، فإن العبارة فيها للوكيل (تكملة فتح القدير ٦ ص ٢٤) . ولكنه جعل حكم الوكيل كحكم الرسول من حيث انصراف حكم العقد وحقوقه جميعا إلى الأصيل ، مع بقاء الوكيل

وكيلا لا رسولا ، أى مع بقاء العبارة للوكيل دون الموكل ، وهذا بخلاف الرسول فالعبارة ليست له بل للمرسل . فالفقه الإسلامى لم يخلط بين الرسول والوكيل ، بل قاس الوكيل على الرسول فخطا بذلك خطوة لم يخطها القانون الرومانى ، فقد رأينا أن هذا القانون قد وقف دون هذه الخطوة ، واكتفى بالرسالة ولم يقس النيابة عليها (أنظر الأستاذ شفيق شحاته فى محاضراته غير المطبوعة فى نظرية النيابة ص ٨٥) .

ومع ذلك فقد بقيت هذه الخطوة الواسعة التى خطاها الفقه الإسلامى غامضة بعض الغموض ، مختفية تحت خطوة أوسع منها حين يضيف الوكيل العقد إلى نفسه ، وسنرى أن الفقه الإسلامى فى هـــذه الحالة لا يبز فحسب القانون الرومانى بل هو أيضا يسبق الفقه الحديث . فنظر الناس إلى الوكالة فى الفقه الإسلامى فى صورتها العملية الغالبة والوكيل يضيف العقد إلى نفسه ، فرأوا النيابة فيها غير كاملة وبخاصة فى المذهب الحنفى حيث ينصرف حكم العقد إلى الموكل ولـكن حقوق العقد تنصرف إلى الوكيل كما سنرى . فقيل خطأ (أنظر الوسيط جزء أول ص ١٨٩ هامش ١) إن الفقه الحنفى لا يزال فى النيابة عند المرحلة التى وقف عندها القانون الرومانى ، مع أن القانون الرومانى كما أسلفنا لم يعرض لصورة ما إذا أضاف الوكيل العقد إلى الموكل ، وهى الصورة المألوفة للنيابة فى الفقه الحديث ، بل بقى فيما يتعلق بهذه الصورة فى حدود الرسالة ولم يجاوزها إلى نطاق الوكالة . أما الفقه الحنفى فقد جاوز حدود الرسالة إلى نطاق الوكالة كما رأينا ، وفعل مافعله الفقه الحديث تماما ، فأقر مبدأ النيابة إقراراً كاملا . والذى ساعد على خفاء هذه المسألة فى الفقه الحنفى أن نصوص هذا الفقه تـكاد لا تعرض للصورة المألوفة للنيابة ، حين يضيف الوكيل العقد إلى موكله ، إلا حيث تـكون هذه الإضافة واجبة فى الإسقاطات والعقود التى لا تتم إلا بالقبض . أما المعاوضات ، وهى المجال الحيوى للنيابة ، فلا تـكاد النصوص تعرض لها . بل هى إذا عرضت ، فإنما تسير بخطى مترددة لا تخلو من الحيرة ، وقد رأينا كيف اضطرب الرأى فى

جواز إضافة العقد إلى الموكل فى الفقه الحنفى . وهكذا كادت تختفى خطوات رائعة فى تقدم الصناعة الفقهية فى ثنايا صفحات الفقه الإسلامى ، حجبها ما يحيط نصوص الفقه الإسلامى عادة من جدل لفظى . ومهما يكن من أمر ، فالحقيقة الواقعة أن الفقه الإسلامى – ويدخل فيه الفقه الحنفى – أقر مبدأ النيابة إقراراً كاملا فى الصورة المألوفة للنيابة فى الفقه الحديث حين يضيف الوكيل العقد إلى الموكل .

§ ٢ — النائب يضيف العقد إلى نفسه

حكم العقد ينصرف الى الاصيل وحقوق العقد تبقى للنائب :

ونتقل الآن إلى الصورة الغالبة للنيابة فى الفقه الإسلامى ، وهى الصورة التى يضيف فيها النائب العقد إلى نفســه . فى هذه الصورة لاخلاف بين المذاهب فى أن حكم العقد ينصرف إلى الأصيل . أما حقوق العقد فقد اختلفت فيها المذاهب اختلافا كبيراً ، فبعض هذه المذاهب يصرف حقوق العقد للنائب ، وبعض المذاهب يصرفها غالباً للأصيل على تفاوت فى ذلك فيما بينهما .

١ . حكم العقد ينصرف إلى الأصيل

اجماع المذاهب على أن حكم العقد ينصرف الى الاصيل :

نفرض الآن أن الوكيل أضاف العقد إلى نفسه ، وقد قدمنا أن الوكيل فى هذه الحالة يعمل باسمه الشخصى لا باسم الموكل . وهذا يجعلنا قريبين من نظام « الاسم المستعار » فى الفقه الغربى ، إلا أن الوكيل هنا وإن كان يعمل باسمه الشخصى ، فهو إنما يعمل لحساب الموكل ، أما فى نظام « الاسم المستعار » فالوكيل يعمل باسمه الشخصى ولحساب نفسه . على أن الفقه الغربى لا يكاد

يميز بين الحالتين هذا التميز الواضح ، إذ هو يفرض أن الوكيل الذى يعمل باسمه إنما يعمل لحساب نفسه ، إلا إذا قام الدليل على العكس . والوكيل فى الفقه الغربى يعمل عادة باسم الموكل وهذه هى الصورة المألوفة للنيابة فى هذا الفقه كما سبق القول ، أما الوكيل فى الفقه الإسلامى فيعمل عادة باسمه هو أى يضيف العقد إلى نفسه .

ولو أننا استعرضنا الصورة التى يضيف فيها الوكيل العقد إلى نفسه فى الفقه الغربى على النحو الذى قدمناه ، فيتقدم الوكيل للتعاقد مع الغير باسمه الشخصى لا باسم الموكل ، لرأينا أن ما يسمى فى الفقه الإسلامى بحكم العقد ينصرف عادة إلى الوكيل دون الموكل . فإذا تقدم الوكيل فى الشراء لشراء دار باسمه الشخصى ، كان هو المالك للدار بحكم الشراء ، وعليه بعد ذلك أن ينقل ملكيته إلى الموكل بعقد جديد . ولا يكاد يستثنى من هذه القاعدة إلا حالتان كما رأينا : إحداهما إذا كان من المفروض حتما أن من يتعامل مع الوكيل يعلم بوجود الوكالة ، والأخرى إذا كان يستوى عند هذا المتعاقد أن يتعامل مع الوكيل أو الموكل .

أما فى الفقه الإسلامى فالقاعدة العامة هى الاستثناء فى الفقه الغربى ، وإذا أضاف الوكيل العقد إلى نفسه انصرف حكم العقد إلى الموكل بالرغم من ذلك ، وقد أجمعت على هذه القاعدة المذاهب الأربعة كلها لم يشذ منها مذهب واحد . فالوكيل بشراء الدار إذا أضاف العقد إلى نفسه ، كان المالك للدار هو الموكل لا الوكيل ، على خلاف الفقه الغربى كما رأينا . ويستوى فى الفقه الإسلامى أن يكون بائع الدار يعلم بوجود الوكالة ، أو يحسب أن الوكيل أصيل يعمل لحساب نفسه . والوكيل الذى يضيف العقد إلى نفسه فى الفقه الإسلامى ، إذا كان فى وضع ذاتى من حيث أن نيته يجب أن تنصرف إلى العمل لحساب الموكل ، فهو فى الوقت ذاته فى وضع مادى من حيث أن علم المتعاقد معه بوجود الوكالة أو جهله بوجودها لا يؤثر فى هذا الوضع . فهو فى وضع ذاتى من حيث نيته هو ، وفى وضع مادى من حيث نية المتعاقد معه .

وتطبيقا لما قدمناه فى الفقه الإسلامى نفرض أن الوكالة هى فى بيع دار للموكل ، وأضاف الوكيل البيع إلى نفسه . فثمن الدار يصبح مع ذلك ملكا للموكل دون الوكيل ، كما أن الدار تصبح ملكا للمشترى . وإذا فرضنا أن الوكالة هى فى شراء دار للموكل ، فالدار تصبح مع ذلك ملكا للموكل دون الوكيل ، كما أن ثمن الدار يصبح ملكا للبائع .وإذا كان التوكيل فى إيجار دار فالموكل لا الوكيل هو الذى يصبح مالكا الأجرة . وإذا كان التوكيل فى إستئجار دار فالموكل أيضا لا الوكيل هو الذى يصبح مالكا للمنفعة . كذلك إذا اشترى الولى لمحجوره ، فإنه يضيف العقد إلى نفسه كما سنرى ، ومع هذا فإن الملك ينتقل إبتداء إلى المحجور .

ونبادر إلى القول إن الفقه الإسلامى فى هذه القاعدة قد سبق الفقه الغربى الحديث . فقد رأينا أن الفقه الغربى يخطو هذه الخطوة فى الصناعة الفقهية على سبيل الإستثناء ، أما الفقه الإسلامى فيجعل من هذا الاستثناء القاعدة العامة . وإذا قيل إن فى هذه القاعدة خطراً على المتعاقد مع الوكيل إذا جهل وجود الوكالة وحسب أنه يتعامل مع أصيل لا وكيل معتمداً على ملاءته ، فإن هذا الاعتراض مدفوع بأن حقوق العقد — وهى التى تعنينا من ناحية الملاءة — تنصرف إلى الوكيل لا الى الموكل فى المذهب الحنفى كما سنرى ، فلا يفوت المتعاقد مع الوكيل ما كان يعتمد عليه من ملاءة الوكيل . ذلك أن الوكيل فى بيع الدار هو الذى يطالبه المشترى بتسليمها ويخاصمه فى ضمانها فى الاستحقاق والعيب والهلاك وما الى ذلك ، والوكيل فى شراء الدار هو الذى يطالب البائع بالثمن .

كيف يفسر الفقه الإسلامى انصراف حكم العقد إلى الأصيل :

يفيض الفقه الحنفى ، دون المذاهب الأخرى ، فى تفسير لماذا ينصرف حكم العقد الى الأصيل مع أن العقد قد أضيف الى الوكيل . ثم لا يكتفى هذا الفقه بذلك ، بل هو يبين أيضا كيف ينصرف حكم العقد إلى الأصيل ، أى

يبين الطريقة الفنية التى بها ينصرف حكم العقد إلى الأصيل من ناحية الصناعة الفقهية .

أما تفسير لماذا ينصرف حكم العقد إلى الأصيل ، فذلك لقضاء حق الضرورة . فالأصل أن العبارة هى عبارة الوكيل ، فكان ينبغى أن يكون الاثر المترتب على العبارة من حكم وحقوق مقصورا على الوكيل . ولكن لما كان الموكل قد استناب الوكيل فى تحصيل الحكم ، فقد انصرف الحكم إلى الموكل للضرورة كى لا يبطل مقصوده، وبقينا فيما يتعلق بالحقوق على الأصل، فظلت هذه الحقوق متعلقة بالوكيل ، إذ لا ضرورة تدعو لصرفها إلى الموكل . بل لعل الضرورة تقتضى بقاء الحقوق متعلقة بالوكيل ، فقد أضاف العقد إلى نفسه وتعامل معه الغير على هذا الاعتبار فهو فى الحقوق لا يعرف سواه. قال الزيلعى (جزء ٤ ص ٢٥٦) فى هذا المعنى : « الوكيل أصل فى العقد ، لأن العقد يقوم بالكلام . وصحة كلامه باعتبار كونه آدميا عاقلا ، فقضيته أن يكون الحاصل بالتصرف واقعا له . غير أن الموكل لما استنابه فى تحصيل الحكم ، جعلناه نائبا فى حق الحكم للضرورة ، كى لا يبطل مقصوده . وراعينا الأصل فى حق الحقوق ، إذ لا ضرورة فى حقها . والدليل على أنه أصل فى العقد استغناؤه عن إضافته إلى الموكل ، ولو كان سفيرا . . لما استغنى عن إضافته إليه كالرسول وكالوكيل بالنكاح وأخوانه حتى إذا أضافه إلى نفسه كان له دون الموكل .بخلاف ما نحن فيه،فإنه لا يتعذر إضافة العقد إليه وإيقاع الحكم للموكل . فإذا أضافه إليه ، كان أصيلا فيه . فيقع له فيما لا ضرورة فيه، وهى الحقوق من تسليم المبيع وقبضه وقبض الثمن وتسليمه والرجوع عليه بالثمن عند استحقاق ما باع ورجوعه هو بالثمن على بائعه عند استحقاق ما اشترى والخصومة فى العيب وغير ذلك من حقوق العقد » .

وإلى جانب هذا التفسير العملى يوجد تفسير منطقى. فالوكيل هو العاقد، لأن العقد تم بعبارته. وكان ينبغى أن يكون أثر العقد منصرفا إليه ، لأن السبب

وهو العقد وجد منه . ولكنه مأمور فى العقد من الموكل ، وفعل المأمور مضاف إلى الآمر . فتعارض الشبهان : شبه السبب ويقضى بإيجاب العقد حكما وحقوقا للوكيل ، وشبه الأمر ويقضى بإيجاب العقد حكما وحقوقا أيضا للموكل . فوجب اعتبار الشبهين بقدر الإمكان ، فأعملنا شبه الأمر بإيجاب حكم العقد للموكل ، وأعملنا شبه السبب بإيجاب حقوق العقد للوكيل . قال الكاسانى (البدائع جزء ٦ ص ٣٣ — ص ٣٤) فى هذا المعنى : « الوكيل هو العاقد حقيقة ، لأن عقده كلامه القائم بذاته حقيقة ، ويستحيل أن يكون الإنسان فاعلا بفعل الغير حقيقة . وهذه حقيقة مقررة بالشريعة ، قال الله عز وجل وأن ليس للإنسان إلا ماسعى ، وقال الله عز شأنه لها ما كسبت وعليها ما اكتسبت . وكان ينبغى أن يكون أصل الحكم له أيضا ، لأن السبب وجد منه حقيقة وشرعا . إلا أن الشرع أثبت أصل الحكم للموكل ، لأن الوكيل إنما فعله له بأمره وإنابته ، وفعل المأمور مضاف إلى الآمر . فتعارض الشبهان ، فوجب اعتبارهما بقدر الإمكان . فعملنا بشبه الأمر والإنابة بإيجاب أصل الحكم للموكل ، وبشبه الحقيقة المقررة بالشريعة بإثبات توابع الحكم للوكيل ، توفيرا على الشبهين حظهما من الحكم . ولا يمكن الحكم بالعكس ، وهو إثبات أصل الحكم للوكيل وإثبات التوابع للموكل . لأن الأصل فى نفاذ تصرف الوكيل هو الولاية ، لأنها علة نفاذه إذ لاملك له . والموكل أصل فى الولاية والوكيل تابع له ، لأنه لايتصرف بولاية نفسه لعدم الملك بل بولاية مستفادة من قبل الموكل . فكان إثبات أصل الحكم للموكل وإثبات التوابع للوكيل وضع الشىء فى موضعه وهو حد الحكمة ، وعكسه وضع الشىء فى غير موضعه وهو حد السفه . بخلاف النكاح وأخواته ، لأن الوكيل هناك ليس بنائب عن الموكل ، بل هو سفير ومعبر بمنزلة الرسول . ألا ترى أنه لايضيف العقد إلى نفسه بل الى موكله ، فانعدمت النيابة ، فبقى سفيرا محضا ، فاعتبر العقد موجودا من الموكل من كل وجه ، فترجع الحقوق إليه » . وقال قاضى زادة (تكملة فتح القدير ٦ ص ١٨)

نفس المعنى فى عبارات أخرى : «وتحقيق المسألة أن لتصرف الوكيل جهتين : جهة حصوله بعبارته، وجهة نيابته. وأعمالها ولو بوجه أولى من اهمال أحدهما. فلو أثبتنا الملك والحقوق للوكيل على ماهو مقتضى القياس لحصولها بعبارته وأهليته ، بطل توكيل الموكل . ولو أثبتناهما للموكل ، بطل عبارة الوكيل . فأثبتنا الملك للموكل ، لأنه الغرض من التوكيل . . فتعين الحقوق للوكيل : ويجوز أن يثبت الحكم لغير من انعقد له السبب ، كالعبد يقبل الهبة والصدقة ويصطاد فإن مولاه يقوم مقامه فى الملك بذلك السبب » .

أما كيف ينصرف حكم العقد الى الأصيل ، فقد تشعبت الآراء فى المذهب الحنفى فى بيان الطريقة الفنية التى بها ينصرف حكم العقد إلى الأصيل . وتذكر النصوص فى هذا الصدد آراء ثلاثة :

الرأى الأول هو رأى أبى الحسن الكرخى ويذهب إلى أن الحكم ينصرف إلى الوكيل أولا ، ثم ينتقل منه إلى الموكل . فيكون الوكيل أصيلا فى كل من الحكم والحقوق ، ولكنه يلتزم بنقل الحكم للموكل ، فيكون الحكم غير مستقر له . فالوكيل بالشراء مثلا ينتقل إليه الملك من البائع ولكن الملك لا يستقر عنده ، بل يعود فينتقل منه إلى الموكل . وهذا الرأى قريب مما يذهب إليه الفقه الغربى فى نظام « الاسم المستعار » ، فقد قدمنا أن الملك ينتقل فى هذا النظام إلى الوكيل وهو الاسم المستعار ، ثم ينقله الوكيل إلى الموكل . ومن ثم تكون نيابة الوكيل عن الموكل فى رأى الكرخى غير متحققة ، لأن الملك ينتقل أولا إلى الوكيل ، ولا ينتقل ابتداء إلى الموكل . وقد أخذ على هذا الرأى أنه يقتضى أن الوكيل بالشراء إذا اشترى عبدا قريبا له ممن يعتق عليه ، انتقل الملك فى العبد أولا إلى الوكيل فيعتق العبد قبل أن ينتقل الملك فيه إلى الموكل . ويقتضى هذا الرأى كذلك أن من كان متزوجا جارية ووكل فى شرائها فاشتراها ، انتقل الملك فى الجارية إليه أولا ، فأصبح مالكا لزوجته ففسد الزواج ، وذلك قبل أن ينتقل الملك فى الجارية من الوكيل إلى الموكل .

ولكن الكرخي يجيب على هذه الاعتراضات بأن الملك الذى يكون سبباً فى العتق أو سبباً فى فساد الزواج هو الملك المستقر، والملك الذى ينتقل إلى الوكيل ملك غير مستقر كما قدمنا، فمآله أن ينتقل من الوكيل إلى الموكل، ومن ثم لا يعتق العبد فى الصورة الأولى ولا يفسد الزواج فى الصورة الثانية. ونرى من ذلك أن ما يوجه إلى رأى الكرخي من اعتراض ليس بذى بال. والاعتراض الحقيقي الذى يرد على رأيه هو أن هذا الرأى لا تتحقق معه النيابة كما سبق القول.

والرأى الثانى هو رأى أبى طاهر الدباس، ويذهب إلى أن حكم العقد لا ينصرف إلى الوكيل أولا ثم ينتقل منه الى الموكل كما فى الرأى الأول، بل ينصرف ابتداء الى الموكل. والوكيل ليس إلا أداة لكسب الحكم ويقوم الموكل مقامه فيه، كالعبد يقبل الهبة والصدقة ويصطاد ويقوم مولاه مقامه فى الملك بهذا السبب. ويفسر هذا الرأى فى وضوح كيف أن العبد لا يعتق على الوكيل الذى اشتراه فيما قدمنا. اذا أن الملك فى العبد ينتقل ابتداء الى الموكل ولا ينتقل أصلا الى الوكيل. ويوضح كذلك كيف أن الزواج لا يفسد اذا توكل زوج الجارية فى شرائها فاشتراها على ما مر، اذ أن الملك فى الجارية هنا أيضا ينتقل ابتداء الى الموكل ولا ينتقل أصلا الى الوكيل. ولكن الرأى الأول استطاع هو أيضاً كما رأينا أن يعلل هاتين المسألتين تعليلا كافيا، بالتجائه إلى فكرة الملك غير المستقر، فلا يفضل الرأى الثانى من هذه الناحية. فهل يفضله من ناحية تحقق النيابة، وقد قدمنا أن النيابة لا تتحقق فى الرأى الأول، فهل هى تتحقق فى الرأى الثانى؟ ظاهر أن الرأى الثانى يستعين فى تحقيق النيابة بافتراض أن الوكيل مجرد أداة فى يد الموكل يكسب بها حكم العقد ابتداء، وهذا من شأنه أن يقيم النيابة على افتراض محض. والا فإن الوكيل فى الرأيين أصيل فى حق الحكم. اصالته فى الرأى الأول اصالة تمهد للانتقال، فينتقل حكم العقد من الوكيل إلى الموكل كما رأينا. وأصالته فى الرأى الثانى أصالة استخلاف أو أصالة حلول، إذ لا ينصرف حكم العقد ابتداء إلى الموكل

إلا عن طريق حلوله محل الوكيل فى هذا الحكم وقيامه مقامه فيه . وتصرح النصوص فعلا فى الرأى الثانى أن حكم العقد ينصرف ابتداء إلى الموكل عن طريق خلافته للوكيل ، والخلافة هنا كخلافة الوارث معناها الحلول . فالموكل يحل محل الوكيل ويقوم مقامه فى حكم العقد ، كما يحل الوارث محل الورث ويقوم مقامه . وتصرح النصوص كذلك فى الرأى الثانى أن الوكيل لا يزال أصيلا ، وإن كان مجرد أداة يكسب بها الموكل حكم العقد ابتداء . فلا تتحقق النيابة فى هذا الرأى الثانى على الوجه الحقيق ، أى عن طريق أن يكون الوكيل نائبا عن الموكل . بل تتحقق عن طريق افتراضى ، فيبقى الوكيل أصيلا لا نائبا ، ولكن يفترض فى هذا الأصيل أنه مجرد أداة يكسب بها الموكل حكم العقد .

والرأى الذى تتحقق فيه النيابة على الوجه الحقيق هو الرأى الثالث ، وهو رأى القاضى أبى زيد فيما نقله الصدر الشهيد . فيذهب أبو زيد إلى أن الوكيل نائب عن الموكل فى تحصيل حكم العقد ، وليس أصيلا فى تحصيل هذا الحكم ، ومن ثم ينصرف حكم العقد ابتداء إلى الموكل . أما فى حقوق العقد فالوكيل أصيل لا نائب ، ومن ثم تنصرف هذه الحقوق إليه هو دون الموكل . والذى يميز هذا الرأى عن الرأيين السابقين أنه يجعل الوكيل فى حق حكم العقد نائباً لا أصيلا . فهو لا يجعل من الوكيل أصيلا ينصرف إليه حكم العقد أولا ثم ينتقل هذا الحكم منه إلى الموكل بعد ذلك ، كما يقول الرأى الأول . وهو لا يذهب ، كما يذهب الرأى الثانى ، إلى أن الوكيل لا يزال أصيلا فى حق حكم العقد وإن كان أداة يكسب بها الموكل ابتداء هذا الحكم . بل هو يذهب إلى أبعد من ذلك ، فلا يجعل الوكيل فى الحكم أصيلا بتاتاً ، وإنما هو مجرد نائب عن الموكل ، فينصرف إلى الموكل رأسا حكم العقد . وتتحقق النيابة بذلك على الوجه الحقيق ، إذ تكون العبارة — أو الإرادة — للنائب ، ويكون الحكم — أو الأثر — للأصيل . ويتبين من ذلك أن هذا الرأى هو أقرب الآراء الثلاثة إلى فكرة النيابة الصحيحة ، وقد قيل عنه فى النصوص إنه الرأى الأحسن ، وإن قيل عن الرأى الثانى إنه هو الرأى

الأصح فى مقابلته بالرأى الأول . وتذكر النصوص أن هذا الرأى الثالث يوافق الرأى الأول فى حق الحقوق ، ويوافق الرأى الثانى فى حق الحكم . ولكن يبدو لنا أنه يخالف الرأيين معاً فيما يتعلق بحكم العقد . هو يوافقهما فيما يتعلق بحقوق العقد ، إذ هو مثلهما يجعل الوكيل أصيلا . ولكنه يخالفهما فيما يتعلق بحكم العقد ، إذ يجعل الوكيل نائباً لا أصيلا ، بينما يجعله الرأيان الآخران أصيلا لا نائباً .

وتنقل الآن بعض النصوص الفقهية التى عرضت لما تقدم بيانه :

جاء فى تكملة فتح القرير (جزء ٦ ص ١٧ — ص ١٩) : « والملك يثبت للموكل خلافة عنه : أى عن الوكيل . هذا جواب عما قاله الشافعى إن الحقوق تابعة لحكم التصرف ، والحكم وهو الملك يتعلق بالموكل ، فكذا توابعه . تقريره أن الملك يثبت للموكل ابتداء ، لكن لا أصالة حتى يثبت له توابعه أيضاً ، بل خلافة عن الوكيل . ومعنى الخلافة أن يثبت الملك للموكل ابتداء ، وينعقد السبب موجبا حكمه للوكيل ، فكان الموكل قائما مقام الوكيل فى ثبوت الملك إعتباراً للتوكيل السابق . والحاصل أن الوكيل خلف عن الموكل فى حق استفادة التصرف ، والموكل خلف عن الوكيل فى حق ثبوت الملك . كالعبد يتهب ويصطاد ، فإنه إذا اتهب أى قبل الهبة واصطاد ، يثبت الملك للمولى ابتداء خلافة عن العبد ، فإن مولاه يقوم مقامه فى الملك بذلك السبب كما ذكر فى المبسوط .. ثم اعلم أن هذا المسلك طريقة أبى طاهر الدباس ، وإليه ذهب جماعة من أصحابنا ، قال شمس الأئمة السرخسى قول أبى طاهر أصح ، وقال المصنف هو الصحيح . واحترز به عن طريقة أبى الحسن الكرخى ، وهى أن الملك يثبت للوكيل أولا ثم ينتقل إلى الموكل ، وإليها ذهب بعض أصحابنا ، وهى اختيار الإمام قاضيخان كما ذكر فى التحرير . وإنما قال هو الصحيح ، لأن الوكيل إذا اشترى منكوحته أو قريبه لا يفسد النكاح ولا يعتق عليه ، ولو لم يثبت له الملك لما كان كذلك . قال صاحب العناية وجوابه أن نفوذ العتق يحتاج إلى ملك مستقر دائم ، وملك الوكيل غير مستقر ولا دائم

فيه ، بل يزول عنه فى ثانى الحال وينتقل الى الموكل باعتبار الوكالة السابقة . قال فى الزيادات فيمن تزوج أمة ثم حرة على رقبتها ، فأجاز مولاها ، فإنه تصير الأمة مهراً للحرة ولا يفسد النكاح ، وان ثبت الملك للزوج فيها لأن ملكه غير مستقر حيث ينتقل منه إلى الحرة ، فكذلك ههنا انتهى . وقال صاحب العناية بعد ذكر هذا الجواب : وفيه نظر لأنه يخالف إطلاق قوله صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه الحديث انتهى . اقول الجواب عن هذا النظر ظاهر ، إذ قد تقرر عندهم أن المطلق ينصرف إلى الكامل ، ولا شك أن الملك الكامل هو الملك المستقر ، فلا مخالفة . قال الصدر الشهيد إن القاضى أبا زيد خالفهما ، وقال الوكيل نائب فى حق الحكم أصيل فى حق الحقوق فإن الحقوق تثبت له ثم تنتقل إلى الموكل من قبله ، فوافق أبا الحسن فى حق الحقوق ، ووافق أبا طاهر فى حق الحكم . وهذا حسن ، كذا ذكر فى الإيضاح والفتاوى الصغرى » .

وجاء فى البحر الرائق (جزء ٧ ص ١٥١) : « وقد اختلف أصحابنا فيها فقال الكرخى يثبت للوكيل ثم ينتقل إلى الموكل . وقال أبو طاهر يثبت للموكل ابتداء ، وهو الأصح ، ولهذا لو كان المشترى منكوحة الوكيل لا يفسد نكاحه ولا تعتق عليه . وقال القاضى أبو زيد الوكيل نائب فى حق الحكم أصيل فى الحقوق ، فوافق الكرخى فى الحقوق وأبا طاهر فى حق الحكم ، وهذا أحسن كذا فى البزازية وصحح الشارحون ما فى الكتاب لكن لم يذكروا لهذا الاختلاف ثمرة للاتفاق على عدم عتق قريب الوكيل لو اشتراه وعدم فساد نكاحها لو اشتراها ، والعتق والفساد على الموكل لو اشترى قريب موكله وزوجته ، لأن الملك للوكيل لم يكن مستقراً والموجب للعتق والفساد الملك المستقر ، هكذا أجاب الكرخى (١) » .

---

(١) وجاء فى تكملة ابن عابدين « جزء ١ ص ٢٢٥ — ص ٢٢٦ » : « قوله والملك يثبت للموكل ابتداء : جواب عن سؤال مقدر ، تقديره اذا كانت الحقوق فى هذا الفصل راجعة الى الوكيل ينبغى ان يعتق قريبه اذا اشتراه بالوكالة ، لان شراء القريب اعتاق . فأجاب عنه بقوله : والملك يثبت للموكل ابتداء ، اى ، ابتداء الامر ، خلافة عنه بمعنى أن الوكيل أصل

انصراف حكم العقد الى الاصيل انما يكون فى الحدود المرسومة للنيابة :

وإذا تقرر أن حكم العقد ينصرف إلى الأصيل ، فإنما يكون ذلك إذا التزم الوكيل الحدود المرسومة لوكالته . أما إذا خرج عن هذه الحدود ،

= فى حق العقد ، لكن فى حق الحكم يخلفه الموكل ، فيقع له من غير ان يكون أصلا فيه ، كالعبد يتهب أو صطاد ، فكما ان المولى يثبت الملك له ابتداء فيما اتهب عبده او اصطاده خلافة عنه ، فكذا الموكل يثبت له الملك ابتداء فيما اشتراه وكيله خلافة عنه . قال الشمنى وهذه طريقة ابى طاهر الدباس ، وقال فى البحر انه الاصح . وقال الكرخى يثبت للوكيل ثم ينتقل للموكل . وقال القاضى ابو زيد الوكيل نائب فى حق الحكم أصيل فى الحقوق ، فوافق الكرخى فى الحقوق وابا طاهر فى الحكم ، وهو حسن كذا فى البزازية . قوله فى الاصح : قال الشمنى وعلى طريقة الكرخى لايعتق أيضا ، لانه يثبت للوكيل ملك غير متقرر ، وكذا لايفسد نكاحه اذا اشترى زوجته بالوكالة ، فلا ثمرة لهذا الاختلاف لان الموجب للملك والفساد الملك المستقر ، ولهذا اذا اشترى الوكيل قريب موكله يعتق عليه ، ويفسد نكاحه اذا اشترى زوجة موكله » .

وهذه النصوص كلها نصوص فى الفقه الحنفى ، ويفيض هذا الفقه كما قدمنا فى تكييف انصراف حكم العقد للموكل . أما النصوص فى المذاهب الاخرى فتكتفى بتقرير القاعدة دون تأصيل فى الغالب .

جاء فى المهذب « جزء أول ص ٣٥٦ » فى فقه الشافعى : « اذا اشترى الوكيل ما أذن فيه الموكل ، انتقل الملك الى الموكل ، لان العقد له ، فوقع الملك له كما لو عقده بنفسه »

وجاء فى الخرشى « جزء ٦ ص ٧٨ » فى الفقه المالكى : « لو اشترى الوكيل من يعتق على نفسه فانه لايعتق ، لانه لايملكه ، وسواء قلنا أن العهدة تقع للموكل ابتداء أو للوكيل على مايظهر » .

وجاء فى المغنى « جزء ص ١٣٠ — ص ١٣١ » : فى الفقه الحنفى « واذا اشترى الوكيل لموكله شيئا باذنه ، انتقل الملك من البائع الى الموكل ، ولم يدخل فى ملك الوكيل . وبهذا قال الشافعى . وقال أبو حنيفة : يدخل فى ملك الوكيل ثم ينتقل الى الموكل ، لان حقوق العقد تتعلق بالوكيل ، بدليل انه لو اشتراه بأكثر من ثمنه دخل فى ملكه ولم ينتقل الى الموكل ، ولنا أنه قبل عقدا لغيره صح له ، فوجب أن ينتقل الملك اليه كالاب والوصى وكما لم تزوج له . وقولهم ان حقوق العقد تتعلق به غير مسلم . ويتفرع عن هذا ان المسلم لو وكل ذميا فى شراء خمر أو خنزير ، فاشتراه له ، لم يصح الشراء . وقال ابو حنيفة يصح ويقع للذمى ، لان الخمر مال لهم لانهم يتمولونها ويبتاعونها ، فصح توكيلهم فيها كسائر أموالهم . ولنا ان كل مالايجوز للمسلم العقد عليه لايجوز أن يوكل فيه ، كتزويج المجوسية ، وبهذا خالف سائر أموالهم . واذا باع الوكيل بثمن معين ، ثبت الملك للموكل فى الثمن ، لانه بمنزلة المبيع ، وان كان الثمن فى الذمة ، فللوكيل والموكل المطالبة به ، وبهذا قال الشافعى » .

فالحكم لا ينصرف إلى الموكل إلا إذا أجاز العقد . إذ ينقلب الوكيل فضوليا فيما جاوز فيه حدود الوكالة . أما إذا لم يجز الموكل العقد ، فإن العقد لا ينفذ فى حق الموكل . وإذا وجد نفاذاً فى حق الوكيل نفذ ، لأن الوكيل أضاف العقد إلى نفسه فتعامل معه الغير على هذا الاعتبار ، فإذا لم ينفذ العقد فى حق الوكيل حيث يجد نفاذاً تضرر الغير .

جاء فى البدائع (جزء ٦ ص ٢٩) فى الفقه الحنفى : « التوكيل بالشراء لا يخلو إما إن كان مطلقا أو كان مقيداً . فإن كان مقيداً ، يراعى فيه القيد إجماعا لما ذكرنا ، سواء كان القيد راجعا إلى المشترى أو إلى الثمن . حتى أنه إذا خالف ، لا يلزم الشراء ، إلا إذا كان خلافا إلى خير فيلزم الموكل . مثال الأول . . إذا قال اشتر لى جارية تخدمنى ، فاشترى جارية مقطوعة اليدين أو الرجلين أو عمياء . . وكذلك إذا قال اشتر لى جارية تركية ، فاشترى جارية حبشية ، لا يلزم الموكل ، ويلزم الوكيل لما ذكرنا . ومثال الثانى إذا قال له اشتر لى جارية بألف درهم ، فاشترى جارية بأكثر من الألف ، تلزم الوكيل دون الموكل ، لأنه خالف أمر الوكيل فيصير مشتريا لنفسه . . فإن اشترى جارية بألف درهم ، فإن كان مثلها يشترى بألف أو بأكثر من ألف أو بأقل من ألف مقدار ما يتغابن الناس فيه ، لزم الموكل . وإن كان النقصان مقدار مالا يتغابن الناس فيه ، لزم الوكيل . . وان اشترى جارية بثمانمائة درهم ومثلها يشترى بألف . . . لزم الموكل ، لأن الخلاف إلى خير لا يكون خلافا معنى . وكذا إذا وكله بأن يشترى له جارية بألف نسيئة ، فاشترى جارية بألف حالة ، لزم الوكيل لأنه خالف قيد الموكل . . . والأصل أن الوكيل بالشراء إذا خالف يكون مشتريا لنفسه ، والوكيل بالبيع اذا خالف يتوقف على اجازة الموكل . والفرق بينهما قد ذكرناه فيما تقدم أن الوكيل بالشراء متهم ، لأنه يملك الشراء لنفسه فأمكن تنفيذه عليه ، حتى أنه لو كان صبيا محجوراً أو عبداً محجوراً لا ينفذ عليه بل يتوقف على اجازة الموكل ، لأنهما لا يملكان الشراء لأنفسهما فلا يمكن التنفيذ عليهما فتوقف » .

وقال المواق (هامش الحطاب جزء ٥ ص ١٩٧) فى الفقه المالكى : « قال مالك إن أمرته بشراء سلعة، فابتاعها معيبة ، فإن كان عيبا خفيفا يغتفر مثله وقد كان شراؤها به فرصة ، لزمك . وان كان عيباً مفسداً ، لم تلزمك الا أن تشاء ، وهى لازمة للمأمور » .

وقال الشربينى فى مغنى المحتاج (جزء ٢ ص ٢٢٩) فى فقه الشافعى : « متى خالف الوكيل الموكل فى بيع ماله ، بأن باعه على غير الوجه المأذون فيه ، أو فى الشراء بعينه بأن اشترى له بعين ماله على وجه لم يأذن له فيه ، فتصرفه باطل ، لأن الموكل لم يرض بخروج ملكه على ذلك الوجه . . ولو اشترى فى الذمة غير المأذون فيه ، ولم يسم الموكل ، وقع الشراء للوكيل ، وإن نوى الموكل . . لأن الخطاب وقع منه . وإنما ينصرف بالنية إلى الموكل إذا كان موافقا لإذنه ، فإن خالف لغت نيته » .

وجاء فى المغنى (جزء ٥ ص ١١٩) فى الفقه الحنبلى : « الوكيل فى الشراء إذا خالف موكله فاشترى غير ما وكل فى شرائه ، مثل أن يوكله فى شراء عبد فيشترى جارية ، لم يخل من أن يكون اشتراه فى ذمته أو بعين المال . فإن كان اشتراه فى ذمته ثم نقد ثمنه ، فالشراء صحيح ، لأنه إنما اشترى بثمن فى ذمته وليس ذلك ملكا لغيره . إذا ثبت هذا فعن أحمد روايتان : إحداهما الشراء لازم للمشترى . لأنه اشترى فى ذمته بغير إذن غيره ، فكان الشراء له كما لو لم ينو غيره . والروايه الثانية يقف على إجازة الموكل ، فإن أجازه لزمه ، لأنه اشترى له وقد أجازه فلزمه كما لو اشترى بإذنه . وإن لم يجزه لزم الوكيل، لأنه لا يجوز أن يلزم الموكل لأنه لم يأذن فى شرائه ، ولزم الوكيل لأن الشراء صدر منه ولم يثبت لغيره فيثبت فى حقه كما لو اشتراه لنفسه . فأما إن اشترى بعين المال ، مثل أن يقول بعنى الجارية بهذه الدنانير أو باع مال غيره بغير إذنه ، فالصحيح من المذهب أن البيع باطل وهو مذهب الشافعى وفيه رواية أخرى أنه صحيح ويقف على إجازة المالك ، فإن لم يجزه بطل ، وإن أجازه صح » .

ب - إلى من تنصرف حقوق العقد إذا أضاف الوكيل العقد إلى نفسه

اختلاف المذاهب :

إذا كانت المذاهب الأربعة قد اتفقت فى صرف حكم العقد إلى الموكل فى حالة ما إذا أضاف الوكيل العقد إلى نفسه ، فإنها قد اختلفت فى هذه الحالة فى تعيين من تنصرف إليه حقوق العقــد ، هل تنصرف إلى الموكل أو تنصرف إلى الوكيل .

ونلاحظ بادىء ذى بدء أن المفروض هنا أن الوكيل قد أضاف العقد إلى نفسه ، وأن من تعاقد مع الوكيل قد تعامل معه على هذا الاعتبار وقد يجهل وجود الوكالة ولا يعرف غير الوكيل . فلا غرابة فى هذه الحالة أن تنصرف حقوق العقد إلى الوكيل الذى اطمأن الغير إلى التعامل معه. وإذا أقررنا مبدأ النيابة هنا فصرفنا حقوق العقد إلى الموكل ، كنا فى بعض الحالات مجاوزين للغاية ، وقد يتضرر الغير بذلك ، إلا إذا أثبتنا له ، إلى جانب رجوعه على الموكل ، حق الرجوع أيضا على الوكيل . ونستعرض بعد ذلك المذاهب الأربعة ، لنرى ما الذى قرره كل مذهب فى هذه المسائل .

أولا — المذهب الحنفى

١ — تنصرف حقوق العقد إلى الوكيل

ماهى حقوق العقد التى تنصرف الى الوكيل وكيف تقوم العلاقة مابين الوكيل والموكل :

الأصل فى المذهب الحنفى أن حقوق العقد تنصرف إلى الوكيل الذى يضيف العقد إلى نفسه ، فهو العاقد ، والغير قد تعامل معه هو لا مع الموكل ،

فمن الطبيعي أن تنصرف حقوق العقد إليه هو دون الموكل . وقد تمكن المذهب الحنفي عن طريق الصناعة القانونية كما رأينا ، أن يجعل حكم العقد ينصرف رأسا إلى الموكل ، فخطا خطوة سبق بها الفقه الغربي الحديث لا القانون الروماني فحسب . أما فيما يتعلق بحقوق العقد فالأمر يختلف ، فهذه كان الوكيل فيها أصيلا واعتمد الغير الذي تعامل مع الوكيل على هذه الأصالة ، فكان من الطبيعي أن تنصرف هذه الحقوق إلى الوكيل لا إلى الموكل ، وألا توجد علاقة مباشرة بين الموكل والغير ، بل يتوسط بينهما الوكيل . وعلى هذا النحو يكون الفقه الحنفي قد ساير منطق النيابة بصرفه حكم العقد إلى الموكل ، وأرضى مقتضيات العمل بصرفه حقوق العقد إلى الوكيل .

وحتى نستعرض حقوق العقد نفرض أن العقد بيع ، وقد عرفنا أن حكم البيع هو نقل الملك فى المبيع إلى المشترى ونقل الملك فى الثمن إلى البيع . أما حقوق البيع فبعض يرجع إلى الثمن ، وبعض يرجع إلى المبيع . فنستعرض تلك وهذه ، ثم ننظر بعد انصراف الحقوق إلى الوكيل كيف تقوم العلاقة بينه وبين الموكل .

حقوق العقد التى ترجع إلى الثمن :

عقد البيع يتولد عنه حق للبائع فى أن يطالب المشترى بالثمن وفى أن يقبضه منه ، فننظر كيف ينصرف هذا الحق إلى وكيل البائع ، ثم كيف ينصرف هذا الالتزام إلى وكيل المشترى .

(١) فإذا كان البيع بوكيل ، فإن الوكيل وحده هو الذى يملك مطالبة المشترى بالثمن ، أما الموكل فلا يملك ذلك ولا يستطيع إجبار المشترى على أن يدفع له الثمن . ذلك أن المشترى مدين بالثمن للوكيل لا للموكل ، والموكل أجنبى عن المطالبة بالثمن حتى أنه لا يستطيع مطالبة المشترى به إلا إذا وكله الوكيل فى هذه المطالبة .

وإذا كان الموكل لا يملك المطالبة بالثمن ، فانه مع ذلك يملك قبضه ، فإذا دفعه له المشترى إختياراً برئت ذمته منه. ذلك أن مرد الثمن فى النهاية إلى الموكل، فالوكيل إذا قبضه من المشترى وجب عليه دفعه إلى الموكل ، ومن ثم أجاز الفقه الحنفى استحسانا اختصار الطريق بأن سمح للمشترى أن يدفع الثمن رأسا للموكل . بل أجاز الموكل أن يبرىء ذمة المشترى من الثمن، أما الوكيل فيجوز له أيضا إبراء المشترى فى رأى أبى حنيفة ومحمد ولا يجوز له ذلك فى رأى أبى يوسف . ومن ثم إذا كان للمشترى دين فى ذمة الموكل ، وقعت المقاصة بين هذا الدين والثمن . وإذا كان المشترى دينان أحدهما فى ذمة الموكل والآخر فى ذمة الوكيل ، فإن المقاصة تقع بين الثمن والدين الذى فى ذمة الموكل دون الدين الذى فى ذمة الموكل . لكن إذا لم يكن للمشترى إلا دين فى ذمة الوكيل ، فالمقاصة على الخلاف الذين رأيناه فى الإبراء ، تقع المقاصة بين هذا الدين والثمن فى رأى أبى حنيفة ومحمد ولا تقع فى رأى أبى يوسف .

وننقل هنا بعض نصوص الفقه الحنفى فيما تقدم بيانه : قال الزيلعى (جزء ٤ ص ٢٥٧ — ص ٢٥٨) : «وللمشترى منع الموكل عن الثمن : يعنى إذا وكل رجل رجلا ببيع شىء فباعه ، ثم إن الموكل طالب المشترى بالثمن ، له منعه ، لأن الموكل أجنبى عن العقد وحقوقه لأنها تتعلق بالعاقد على ما بينا . . وإن دفع . . إلى الموكل ، صح ، ولا يطالبه الوكيل ثانيا . لأن المقبوض حقه ، فلا فائدة فى نزعه منه ثم رده إليه، وبرئت ذمة المشترى لوصول الثمن إلى مستحقه. بخلاف ما إذا باع مال اليتيم ودفع المشترى الثمن إلى اليتيم ، حيث لا تبرأ ذمته بل يجب عليه أن يدفع الثمن إلى الوصى ثانيا ، لأن اليتيم ليس له قبض ماله أصلا، فلا يكون له الأخذ من المدين ، فيكون الدفع إليه تضييعا فلا يعتد به . وأما الموكل فى مسألتنا فمتصرف فى ماله ولا يتقدم أحد عليه فيه ، فيكون قبضه معتبرا . .. ولهذا لو كان للمشترى دين على الموكل ، تقع المقاصة بمجرد العقد ، لوصول الحق إليه بطريق التقاص . ولو كان له عليهما دين ، تقع المقاصة بدين الموكل دون دين الوكيل. ولو كان له دين على الوكيل فقط وقعت المقاصة به

ويضمن الوكيل للموكل لأنه قضى دينه بمال الموكل . . وهذا عندهما ، وقال أبو يوسف رحمه الله لاتقع المقاصة بدين الوكيل. وهو مبنى على جواز إبراء الوكيل بالمبيع من الثمن ، فعندهما يجوز إبراؤه فكذا تقع المقاصة بدينه ، وعنده لايجوز فلا تقع . ووجه البناء أن المقاصة إبراء بعوض ، فيعتبر بالإبراء بغير عوض . ولهذا لو كان له عليهما دين ، كانت المقاصة بدين الموكل أولى عندهما، كما لو أبرآه معا فإنه يبرأ بإبراء الموكل حتى لايلزم الوكيل ضمانه . وقول أبي يوسف استحسان ، ووجهه أن الثمن الذى فى ذمة المشترى ملك الموكل لأنه بدل ملكه ، وابراؤه تصرف فيه على خلاف ما أمر به، فلا ينفذ ، كما لو قبض الثمن ثم وهبه المشترى . ودليل الخلاف ظاهر ، ولهذا يصير ضامنا . ووجه قولهما أن الإبراء إسقاط لحق القبض ، والقبض خالف حق الوكيل . ألا ترى أن الموكل ليس له أن يمنعه من ذلك، ولو أراد أن يقبض بنفسه لا يمكن من ذلك. فكان هو بالأبراء ممتنعا عن القبض مسقطا حق نفسه ، فيصح منه . إلا أنه بقبضه يتعين ملك الآمر فى المقبوض ، وإذا أنسد عليه هذا الباب بإبرائه صار ضامنا له ، بمنزلة الراهن إذا أعتق المرهون ينفذ إعتاقه لمصادفته ملكه ويضمن للمرتهن لانسداد باب الاستيفاء عليه من مالية العبد بالإعتاق . وعلى هذا الخلاف إبراء الولى والوصى فيما باعاه من مال الصغير ». وجاء فى البحر (جزء ٧ ص ١٥٠): « الوكيل لو وكل موكله بقبض الثمن ، صح ، وله عزله » — أنظر أيضا تكملة القدير جزء ٦ ص ٢٥ — ص ٢٦ :

(٢) وإذا كان الشراء بوكيل ، فإن الوكيل وحده هو الذى يطالبه البائع بالثمن ، أما الموكل فلا تتجه إليه المطالبة ، إذ الموكل ليس هو المدين للبائع ، بل المدين هو الوكيل فيجبر على الوفاء بالثمن ولو لم يقبضه من موكله ، فإذا ما وفاه رجع به على الموكل وجاز له أن يحبس المبيع عن الموكل حتى يستوفيه منه . وإذا كان للثمن أجل ، فإن الأجل يحل بموت الوكيل لا بموت الموكل ، لأن المدين هو الوكيل . ولو دفع الموكل الثمن إلى الوكيل فاستهلكه وهو معسر، كان للبائع حبس المبيع ولكن لا مطالبة له على الموكل .

ويبدو أن الموكل إذا كان لا يمكن إجباره على الوفاء بالثمن ، فإنه مع ذلك يستطيع اختياراً أن يوفيه رأسا إلى البائع . ذلك أنه يجوز للغير أن يوفى عن الوكيل الثمن للبائع ويكون الوفاء مبرئا لذمة الوكيل ، فلأن يوفى الموكل الثمن عن الوكيل أولى ، إذ الموكل هو الذى يجب عليه دفع الثمن للوكيل فى النهاية .

وهذه بعض نصوص الفقه الحنفى فيما تقدم بيانه . جاء فى الفتاوى الهندية (جزء ٣ ص ٥٨٦ – ص ٥٨٨) : « الوكيل بالشراء يطالب بالثمن من مال نفسه وإن لم يدفع له الموكل بعد ذلك ، وللوكيل أن يرجع على الموكل بالثمن قبل أن يؤدى من مال نفسه ، وله أن يحبس المشترى عن الموكل إلى أن يأخذ منه ما نقد . . ولم يذكر محمد رحمه الله تعالى فى شىء من الكتب أن الوكيل إذا لم ينقد الثمن والبائع يسلم المبيع إليه هل له حق الحبس عن الموكل إلى أن يستوفى الدراهم منه ، حكى عن الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلوانى رحمه الله تعالى أن له ذلك ، وهو صحيح كذا فى المحيط . . الوكيل بشراء شىء بعينه إذا اشترى ولم ينقد الثمن حتى أخر البائع الثمن عن الوكيل ، صح وثبت التأخير فى حق الموكل حتى لم يكن للوكيل أن يرجع على الموكل قبل حلول الأجل ولو حط البائع جميع الثمن ، لا يظهر ذلك فى حق الموكل حتى كان للوكيل أن يرجع على الموكل بجميع الثمن . . ولو وهب كل الثمن ، لا يظهر ذلك فى حق الموكل . ولو أبرأه البائع عن جميع الثمن ، فالجواب فيه كالجواب فى هبة جميع الثمن كذا فى المحيط » . وجاء فى البحر الرائق (جزء ٧ ص ١٥١) : « الوكيل بالشراء إذا اشترى بالنسيئة ، فمات الوكيل ، حل عليه الثمن ويبقى الأجل فى حق الموكل » . ثم جاء فى مكان آخر (جزء ٧ ص ١٥٣) : « الموكل لو كان دفع الثمن إلى الوكيل فاستهلكه وهو معسر ، كان للبائع حبس المبيع ، ولا مطالبة له على الموكل . فإن لم ينقد الموكل الثمن إلى البائع ، باع القاضى الجارية بالثمن إذا رضيا ، وإلا فلا ، كذا فى بيوع خزانة المفتين » .

حقوق العقد التي ترجع إلى المبيع :

ويتولد أيضا عن عقد البيع حق للمشترى فى أن يطالب البائع بتسليم المبيع له وفى أن يقبضه منه، وحق له فى الرجوع على البائع بضمان الاستحقاق وبضمان العيب . فننظر كيف تنصرف هذه الآثار إلى وكيل البائع، ثم إلى وكيل المشترى . ونقتصر على هذه الحقوق على سبيل المثال، ويقاس عليها غيرها من حقوق العقد المتعلقة بالمبيع كضمان الهلاك وخيار الرؤية وخيار الشرط وخيار التعيين .

(١) فإذا كان البيع بوكيل، فإن الوكيل وحده هو الذى يطالبه المشترى بتسليم المبيع، ولا مطالبة على الموكل فى ذلك . وإذا استحق المبيع فى يد المشترى، رجع هذا بضمان الاستحقاق على الوكيل إن كان قد نقده الثمن، أما إذا كان قد نقد الموكل الثمن اختياراً فإنه يرجع بضمان الاستحقاق على الموكل استحسانا . ويخاصم المشترى الوكيل فى العيب . ويرد المبيع عليه، ويأخذ الثمن من الوكيل أو من الموكل أيهما نقده الثمن .

(٢) وإذا كان الشراء بوكيل، فإن الوكيل هو الذى يطالب بتسليم المبيع، وهو الذى يقبضه . ولا يملك الموكل أن يطالب البائع بتسليم المبيع . ولكن يبدو أن للبائع اختياراً أن يسلم المبيع رأسا للمشترى، كما يجوز للوكيل بالشراء أن يوكل موكله فى قبض المبيع . وإذا استحق المبيع، رجع الوكيل لا الموكل بضمان الاستحقاق على البائع . وإذا ظهر بالمبيع عيب، فالوكيل بالشراء هو الذى يخاصم البائع ويرد عليه المبيع، إلا إذا كان قد سلم المبيع للموكل فلا يرده إلا برضاء الموكل . على أن الوكيل بالشراء لا يملك إبراء البائع من العيب، ويملك الموكل ذلك .

ونورد بعض النصوص الفقهية فيما قدمناه إذا كان البيع أو الشراء بوكيل . جاء فى البدائع (جزء ٦ ص ٣٣) : « أما التوكيل بالبيع والشراء، فحقوقها

ترجع إلى الوكيل . فيسلم المبيع ويقبضه . ويخاصم فى العيب وفى الاستحقاق . والأصل أن كل عقد لايحتاج فيه إلى إضافته إلى الموكل ويكتفى فيه بالاضافة إلى نفسه ، فحقوقه راجعة إلى العاقد ، كالبياعات والأشرية والإجارات والصلح الذى هو فى معنى البيع . فحقوق هذه العقود ترجع للوكيل وعليه ، ويكون الوكيل فى هذه الحقوق كالمالك والمالك كالأجنبى . . . الوكيل هو المطالب بتسليم المبيع إذا نقد المشترى الثمن ، ولا يطالب به الموكل . وإذا استحق المبيع فى يد المشترى ، يرجع بالثمن على الوكيل إن كان نقد الثمن إليه ، وإن كان نقده إلى الموكل يرجع بالثمن عليه . وكذا إذا وجد المشترى بالمبيع عيباً ، له أن يخاصم الوكيل ، وإذا أثبت العيب عليه ورده عليه بقضاء القاضى ، أخذ الثمن من الوكيل إن كان نقده الثمن ، وإن كان نقده إلى الموكل أخذه منه . وكذا الوكيل بالشراء .. هو الذى يقبض المبيع ، دون الموكل . وإذا استحق المبيع فى يده ، فهو الذى يتولى الرجوع بالثمن على بائعه دون الموكل . ولو وجد بالمبيع عيبا ، إن كان المبيع فى يده ولم يسلمه إلى الموكل بعد فله أن يرده على بائعه بالعيب ، وإن كان قد سلمه إلى موكله ليس له أن يرده عليه إلا برضا موكله . وكذلك هذا فى الإجارة والاستئجار وأخواتهما » . وجاء فى تكملة فتح القدير (جزء ٦ ص ١٩) : « الوكيل إذا اشترى شيئا ما ثم اطلع على عيب ، فله أن يرده على بائعه بمقتضى تعلق حقوق عقد الشراء بالوكيل . ثم بعد هذا إن بقى المبيع فى يده يبقى حق الرد له ، وإن لم يبق فى يده بل كان سلمه إلى الموكل يسقط ذلك الحق عنه لانتهاء حكم الوكالة بالتسليم ، فيتوقف الرد على إذن الموكل » . وجاء فى البحر (جزء ٧ ص ١٥٠ — ص ١٥١) : « والرجوع بالثمن عند الاستحقاق شامل للمسألتين . الأولى ما إذا كان الوكيل بائعاً وقبض الثمن من المشترى ثم استحق المبيع ، فإن المشترى يرجع بالثمن على الوكيل سواء كان الثمن باقيا فى يده أو سلمه إلى الموكل ، وهو يرجع على موكله . الثانية ما إذا كان مشتريا فاستحق المبيع من يده ، فإنه يرجع بالثمن على البائع ، دون موكله . وفى البزازية المشترى من الوكيل باعه من الوكيل ، ثم استحق من الوكيل ،

رجع الوكيل على المشترى منه ، وهو على الوكيل ، والوكيل على الموكل . وتظهر فائدته عند اختلاف الثمن اهـ .. وكذا قوله والخصومة فى العيب شامل لمسألتين : ما إذا كان بائعاً فيرده المشترى عليه ، وما إذا كان مشتريا فيرده الوكيل على بائعه لكن بشرط كونه فى يده فإن سلمه إلى الموكل فلا يرده إلا بإذنه . . الوكيل لو رضى بالعيب لزمه ، ثم الموكل إن شاء قبله وإن شاء ألزم الوكيل .. وفى الخانية الوكيل بالشراء لا يملك إبراء البائع عن العيب عند أبى حنيفة ومحمد ، واختلفوا فى قول أبى يوسف » . وجاء فى الجامع الكبير لمحمد (البيوع ٩ : ٢٨) : «إن ادعى البائع أن الآمر قد رضى بالعيب ..فإن قامت بينه على رضا الآمر ، لم يكن له أن يردها » .

كيف تقوم العلاقة بين الوكيل والموكل :

فى تنفيذ الوكيل لوكالته يقع كثيرا أن يقبض مالا لحساب الموكل ، كما يقع أن يغرم مالا لحساب الموكل أيضاً . ويمكن القول بوجه عام إن العلاقة بين الوكيل والموكل تقوم على أساس أن المال الذى يقبضه الوكيل لحساب الموكل هو أمانة فى يده ، أما المال الذى يغرمه لحساب الموكل فيرجع به عليـه .

(١) ويقبض الوكيل المال لحساب الموكل فى صور مختلفة . منها أن يكون وكيلا بالشراء فيقبض المبيع من البائع ليسلمه إلى الموكل ، أو يقبض الثمن من الموكل ليدفعه إلى البائع . فإذا قبض المبيع من البائع ، فهو فى يده أمانة للموكل بمنزلة الوديعة ، لأن يده يد نيابة عن الموكل بمنزلة يد المودع عنده ، فإذا هلك المبيع فى يده بغير تعدمنه هلك على الموكل وإلا هلك عليه . وله أن يحبس المبيع لاستيفاء الثمن من الموكل كما قدمنا . وعند زفر ليس له حبس المبيع لاستيفاء الثمن ، لأن الأمين ليس له حبس الأمانة بعد طلبها ، فإن هلك المبيع وهو محبوس فى يده ولو بغير تعد كان مضمونا عليه . كذلك

إذا قبض الوكيل بالشراء الثمن لدفعه إلى البائع ، فهو فى يده أمانة إن هلك دون تعد قبل نقده للبائع هلك من مال الموكل . ومن ذلك أيضا أن يكون الوكيل وكيلا بالبيع فيقبض الثمن من المشترى ليدفعه إلى الموكل ، أو يقبض المبيع من الموكل ليسلمه إلى المشترى ، فكل من الثمن والمبيع أمانة فى يده إن هلك دون تعد قبل دفع الثمن إلى الموكل أو تسليم المبيع إلى المشترى هلك من مال الموكل . ومن ذلك أخيرا أن يكون الوكيل وكيلا بقبض الدين والعين أو وكيلا بقضاء الدين ، فإن هلك دون تعد ماقبضه لحساب الموكل من دين أو عين قبل دفعه للموكل ، أو هلك دون تعد ماأخذه من الموكل لقضاء دينه به قبل دفعه للدائن ، هلك كل ذلك من مال الموكل .

وهذه بعض نصوص فقهية فى هذا المعنى . جاء فى البدائع (جزء ٦ ص ٣٤) : « المقبوض فى يد الوكيل بجهة التوكيل بالبيع والشراء وقبض الدين والعين وقضاء الدين أمانة بمنزلة الوديعة ، لأن يده يد نيابة عن الموكل بمنزلة يد المودع ، فيضمن بما يضمن فى الودائع ويبرأ بما يبرأ فيها ، ويكون القول قوله فى دفع الضمان عن نفسه » . وجاء بعد ذلك (فى ص ٣٧) : « الوكيل بالشراء من غير دفع الثمن إلى الوكيل توكيل بقضاء الدين وهو الثمن ، والوكيل بقضاء الدين إذا قضى من مال نفسه يرجع على الموكل ، فكذا الوكيل بالشراء . وله أن يحبس المبيع لاستيفاء الثمن من الموكل عند أصحابنا الثلاثة ، وعند زفر ليس له حبسه . وجه قوله أن المبيع أمانة فى يد الوكيل ، ألا ترى أنه لو هلك فى يده فالهلاك على الموكل حتى لا يسقط الثمن عنه ، وليس للأمين حبس الأمانة بعد طلب أهلها ، قال الله تعالى إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها ، فصار كالوديعة . ولنا أنه عاقد وجب الثمن له على من وقع له حكم البيع ضمانا للبيع ، فكان له حق حبس المبيع لاستيفاء الثمن كالبائع مع المشترى . وإذا طلبه منه الموكل فحبسه حتى هلك ، كان مضمونا عليه بلا خلاف بين أصحابنا ، لكنهم اختلفوا فى كيفية الضمان . قال أبو حنيفة ومحمد يكون مضمونا ضمان البيع ، وقال أبو يوسف يكون مضمونا ضمان الرهن ، وقال زفر

يكون مضمونا ضمان الغصب . وجه قول زفر ماذكرنا أن البيع أمانة في يده ، والأمين لايملك حبس الأمانة عن صاحبها ، فإذا حبسها فقد صار غاصبا ، والمغصوب مضمون بقدره من المثل أو بالقيمة بالغا ما بلغ . وجه قول أبي يوسف أن هذه عين محبوسة بدين يسقط بهلاكها ، فكانت مضمونة بالأقل من قيمتها ومن الدين كالرهن . وجه قولها أن هذه عين محبوسة بدين هو ثمن ، فكانت مضمونة ضمان البيع كالمبيع في يد البائع». وجاء في الفتاوى الهندية (جزء ٣ ص ٥٨٣) : «دفع إلى رجل ألف درهم، وأمره أن يشترى له به عبدا . فوضع الوكيل الدراهم في منزله ، وخرج إلى السوق واشترى له عبدا بألف درهم . وجاء بالعبد إلى منزله ، وأراد أن يأخذ الدراهم ليدفعها إلى البائع . فإذا الدراهم قد سرقت ، وهلك العبد في منزله . فجاء البائع وطلب منه الثمن ، وجاء الموكل يطلب منه العبد . قالوا يأخذ الوكيل من الموكل ألف درهم ويدفعه إلى البائع ، والعبد والدراهم هلكا في يده على الأمانة . قال الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى هذا إذا علم بشهادة الشهود أنه اشترى العبد وهلك في يده ، أما إذا لم يعلم ذلك إلا بقوله فإنه يصدق في نفي الضمان عن نفسه ولا يصدق في إيجاب الضمان على الآمر ، كذا في فتاوى قاضيخان » . وجاء في موضع آخر (الهندية ٣ ص ٥٩١) : «ولو أمره ببيع عبد له .. فباعه الوكيل ، ثم قبضه من منزل الآمر ليدفعه إلى المشترى ، فمات العبد في يد المأمور قبل الدفع إلى المشترى ، فلا ضمان على المأمور ، لأن للمأمور حق قبض العبد من منزل الآمر ليمكنه التسليم عند نقد الثمن . » وجاء في موضع آخر (الهندية ٣ ص ٥٩٨) : «أمر رجلا بأن يبيع عبدا له ودفع إليه، فقال بعت من فلان بألف درهم وقبضت الثمن فهلك عندى . . فالقول قول الوكيل ولا يمين عليه، كذا في الذخيرة » .

٢ – ويغرم الوكيل المال لحساب الموكل في صور مختلفة . منها أن يكون وكيلا بالشراء ، فيدفع الثمن من ماله ، فيرجع به على الموكل ، وقد رأينا أن له حبس المبيع حتى يستوفيه خلافا لقول زفر . ومنها أن يكون وكيلا بالبيع ، فيرجع عليه المشترى بضمان الاستحقاق أو بضمان العيب فيرجع على موكله بما دفعه للمشترى أو يرد عليه ما رده المشترى .

وهذه بعض النصوص الفقهية . جاء فى تكملة فتح القدير (جزء ٦ ص ٣٦) : «إذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع . لم يكن متبرعا ، فله أن يرجع . . بالثمن على الموكل لأنه انعقدت بينهما . . مبادلة حكمية ، أى بيع حكمى ، فصار الوكيل كالبائع من الموكل . قال صاحب غاية البيان فى تعليل هذا لأن الملك ينتقل إلى الوكيل أولا ثم ينتقل منه إلى الموكل انتهى . أقول هذا شرح لكلام المصنف بما لا يرتضيه صاحبه ، لأن انتقال الملك أولا إلى الوكيل ثم إلى الموكل طريقة الكرخى كما صرح به الشراح قاطبة هناك ومنهم هذا الشارح ، وطريقة أبى طاهر ثبوت الملك ابتداء للموكل لكن خلافة عن الوكيل على مامر تفصيله . فالوجه أن يحمل مراد المصنف هنا أيضاً على ذلك ، فإن الملك وإن ثبت للموكل ابتداء على طريقة أبى طاهر إلا أنه يثبت له خلافة عن الوكيل لا أصالة كما ذهب إليه الشافعى ، ولا يخفى أن هذا القدر كاف فى انعقاد المبادلة الحكمية بينهما وإن لم يكن كافيا فى المبادلة الحقيقية» . وجاء فى الفتاوى الهندية (جزء ٣ ص ٥٩٤ — ص ٥٩٥) : «وكل رجلا أن يبيع عبداً له فباعه ، فوجد به المشترى عيباً قبل القبض فرده على الوكيل فقبل ، فإنه يلزم الموكل . . وكل رجلا ببيع ضيعة له فباعها الوكيل، فظهر فيها قطعة أرض موقوفة . فأراد المشترى أن يردها على الوكيل ، فأقر الوكيل بذلك ، كان له أن يردها على الوكيل ، ثم الوكيل لا يرد على موكله . فإن ردت على الوكيل بالبينة ، كان للوكيل أن يردها على الموكل» .

٢ — الحكمة فى انصراف حقوق العقد إلى الوكيل

الحكمة فى انصراف حقوق العقد الى الوكيل ترجع الى اعتبارين — اعتبار فنى واعتبار عملى :

تنصرف حقوق العقد إلى الوكيل إذا أضاف العقد إلى نفسه فى الفقه الحنفى لاعتبارين :

(الاعتبار الأول) اعتبار فنى ، فالعقد قد تم بعبارة الوكيل ، وهو الذى باشر العلة فيرجع إليه المعلول ، وهو العاقد فتنصرف إليه حقوق العقد ، وقدكان ينبغى أن ينصرف إليه أيضا حكم العقد لولا الضرورة لكى لا يبطل مقصود الموكل ، وقد سبق بيان ذلك . وتقول النصوص (تكملة فتح القدير ٦ ص ١٧) فى هذا المعنى : « إذا كان الوكيل فى هذا الضرب هو العاقد حقيقة وحكما ، كان أصيلا فى الحقوق ، فتتعلق حقوق العقد به ، أى تتعلق الحقوق بالوكيل دون الموكل » .

(والاعتبار الثانى) اعتبار عملى ، فالغير قد تعامل مع الوكيل الذى أضاف العقد إلى نفسه بصفته أصيلا لا وكيلا ، واطمأن إلى التعامل معه على هذا الوصف . وقد يجهل وجود الوكالة أصلا ، ويعتقد بحسن نية أن الوكيل يتعاقد لحسابه الشخصى ، فعامله على هذا الاعتبار . ولعله لو عرف أن الوكيل ليس أصيلا وأنه يعمل لحساب شخص آخر ، لما قبل التعاقد . أو لعله عرف الموكل وكان لا يقبل التعامل معه لإعساره أو لمماطلته ، فأضاف الوكيل العقد إلى نفسه ليتحمل بحقوقه وليكون بمثابة كفيل للموكل فاطمأن الغير إلى ذلك . فاستقرار التعامل يقضى بأن تنصرف حقوق العقد إلى الوكيل دون الموكل ، وحقوق العقد هى التى تعنى الغير الذى تعامل مع الوكيل ، وتكفل له الضمان الكافى الذى اعتمد عليه . فإذا كان بائعا طالب الوكيل الذى تعامل معه بالثمن ، وإذا كان مشتريا طالب الوكيل الذى تعامل معه بتسليم المبيع وبضمان الهلاك والاستحقاق والعيب ، ومادام يصل إلى حقوقه عن طريق الوكيل الذى تعامل معه ، فلا يعنيه بعد ذلك شخص الموكل . ويقول محمد علاء الدين فى تكملة ابن عابدين (جزء ١ ص ٢٢٢): « الوكيل أصل فى العقد ، بدليل استغنائه عن إضافته إلى الموكل . . وإنما جعل نائبا فى الحكم للضرورة كى لا يبطل مقصود الموكل ، ولا ضرورة فى حق الحقوق ، ولأن العاقد الآخر اعتمد رجوع الحق إليه ، فلو لم يرجع لتضرر على تقدير كون الموكل مفلسا أو من لا يقدر على مطالبته » .

ويقول العينى (شرح الكنز جزء ٢ ص ٩٨) : « الوكيل هو العاقد ، ولا يفتقر فى هذه العقود إلى ذكر الموكل ، والعاقد الآخر اعتمد رجوع الحق إليه ، فلو لم يرجع لتضرر على تقدير كون الموكل مفلسا أو من لا يقدر على مطالبته واستيفاء الثمن منه ، وإنه منتف . بخلاف الرسول لأنه يضيف العقد إلى مرسله ، وبخلاف النكاح لأنه لا بد فيه من ذكر الموكل وإسناد العقد إليه ، فلا ضرر حينئذ » . وجاء فى تكملة فتح القدير (جزء ٦ ص ١٦) فيما إذا كان وكيل البائع محجوراً : « المشترى دخل فى العقد على ظن أن حقوقه تتعلق بالعاقد ، يعنى أن المشترى مارضى بالعقد إلا على اعتقاد أن حقوقه تتعلق بالعاقد . فإذا ظهر خلافه يتخير ، لأنه فات عنه وصف مرغوب فيه ، فصار كما إذا عثر . . على عيب . . لم يرض به ، والجامع بينهما عدم الرضا » .

ويترتب على ما قدمناه ما يأتى :

(١) إذا شرط الموكل عدم تعلق الحقوق بالوكيل ، كان الشرط باطلا لأنه شرط يحرم العاقد الآخر من الرجوع على الوكيل بعد أن اعتمد عليه .

(٢) يجبر الوكيل على أن يرجع عليه العاقد الآخر ، فلا يستطيع أن يتخلى عن ذلك .

(٣) إذا كان الوكيل ليس من أهل العهدة بان كان محجورا ، انتفت الحكمة من انصراف حقوق العقد إليه فلا تنصرف .

(٤) الولى يتعين الاطمئنان إليه لأن الأصيل محجور فلا يمكن أن تنصرف إليه حقوق العقد ، فتعين إنصرافها إلى الولى .

(٥) حيث يمكن العاقد الآخر أن يرجع رأسا على الموكل دون أن تختل الحكمة فى إنصراف حقوق العقد إلى الوكيل ، قامت علاقة مباشرة بين العاقد الآخر والموكل وجاز هذا الرجوع .

ونستعرض فى إيجاز هذه المسائل الخمس .

شرط الموكل عدم تعلق الحقوق بالوكيل باطل :

قدمنا أن الحقوق تنصرف إلى الوكيل إذا أضاف العقد إلى نفسه ، وأن هذا ضمان واجب للعاقد الآخر الذى يتعامل مع الوكيل . فلا يجوز إذن أن يتفق الموكل مع الوكيل على الا تتعلق الحقوق بالوكيل بالرغم من إضافته العقد إلى نفسه ، وإلا كان فى هذا إخلال بحق العاقد الآخر الذى يتعامل مع الوكيل . فإذا أراد الوكيل أن تنصرف حقوق العقد إلى الموكل ، فسبيله إلى ذلك أن يضيف العقد إلى الموكل حتى يعلم العاقد الآخر أنه يتعامل مع الموكل لا مع الوكيل ويقبل هذا . فمن وكل رجلا ببيع داره لا يجوز له أن يتفق مع الوكيل على أن يضيف العقد إلى نفسه ويرجع المشترى مع ذلك ، فى التسليم أو ضمان الهلاك أو ضمان الاستحقاق أو ضمان العيب، على الموكل رأسا لا على الوكيل ، فإذا اتفق معه على ذلك كان الاتفاق باطلا ، وكان للمشترى الرجوع على الوكيل بالرغم من هذا الشرط . ومن وكل رجلا فى شراء دار لا يجوز له أن يتفق مع الوكيل على أن يضيف العقد إلى نفسه ويرجع البائع مع ذلك على الموكل رأسا بالثمن ، بل يرجع البائع بالثمن على الوكيل بالرغم من هذا الشرط . وإنما يجوز أن يتفق الموكل مع الوكيل على أن يضيف الوكيل العقد إلى الموكل ، فعند ذلك ترجع حقوق العقد إلى الموكل كما سبق القول ، وإذا لم يضف الوكيل العقد إلى الموكل كان مجاوزا حدود الوكالة فيتوقف العقد على إجازة الموكل . ويجوز، على العكس من ذلك ، أن يتفق الموكل مع الوكيل على أن يضيف الوكيل العقد إلى نفسه فترجع إليه حقوقه على النحو الذى قدمناه، وإذا لم يضف الوكيل العقد إلى نفسه كان مخالفا أمر الموكل وكان العقد موقوفا على الإجازة . بل إن المفروض أن الوكيل يضيف العقد إلى نفسه مالم يتفق مع الموكل على أن يضيف العقد إليه .

وهذه بعض النصوص الفقهية فيما قدمناه . جاء فى الجوهرة النيرة للحدادى (جزء أول ص ٣٠٠) : « ولو وكل رجلا بالبيع والشراء على ألا يتعلق به

الحقوق، فلا يصح هذا الشرط. وحقوق العقد هو قبض الثمن وتسليم المبيع». وجاء فى تكملة ابن عابدين (جزء أول ص ٢٢٥): «وشرط الموكل عدم تعلق الحقوق.. بالوكيل لغو باطل، كما لو نهاه عن تسليم المبيع حتى يقبض الثمن فإنه يكون باطلا.. وكما لو وكله بالمبيع بشرط ألا يقبض الثمن فالنهى باطل أيضا. ولو كتب الصك باسم الموكل، لا يسقط حقه فى قبض الثمن إلا أن يقر الموكل بقبضه». وجاء فى البحر الرائق (جزء ٧ ص١٤٨): «وكيل شراء العبد جاء إلى مالكه، فقال بعت هذا العبد من الموكل، وقال الوكيل قبلت، لا يلزم الموكل، لأنه خالف حيث أمره ألا ترجع إليه العهدة وقد رجع. قال أبو القاسم الصفار والصحيح أن الوكيل يصير فضوليا، ويتوقف العقد على إجازة الموكل اهـ. وفى الجوهرة وكله بالبيع والشراء على ألا تتعلق به الحقوق، لا يصح هذا الشرط».

يرجع العاقد الآخر على الوكيل إجبارا:

ولما كان انصراف حقوق العقد إلى الوكيل روعيت فيه مصلحة العاقد الآخر للاعتبارات التى قدمناها، فإن الوكيل لا يستطيع أن يتجنب رجوع هذا العاقد عليه بحقوق العقد. فإذا كان وكيلا بالشراء، لم يستطع التخلص من مطالبة البائع له بالثمن وإحالته على الموكل. وإذا كان وكيلا بالبيع، لم يستطع التخلص من مطالبة المشترى له بتسليم المبيع ومن رجوعه عليه بضمان الاستحقاق ومن مخاصمته له فى العيب. وهذا فيما يتعلق بالالتزامات التى ينشئها العقد فى ذمة الوكيل لصالح العاقد الآخر. أما فيما يتعلق بالالتزامات التى ينشئها العقد فى ذمة العاقد الآخر لصالح الوكيل، فهذه يستطيع الوكيل أن يتخلى عنها للموكل، وذلك بإعطائه توكيلا يطالب الموكل بموجبه العاقد الآخر بهذه الالتزامات. فإذا كان الوكيل وكيلا بالشراء، جاز له مطالبة البائع بتسليم البيع وبضمان الهلاك والاستحقاق والعيب، وجاز له أيضا أن يعطى موكله توكيلا يطالب بموجبه البائع بهذه الالتزامات. فإذا كان الوكيل وكيلا

بالبيع ،جاز له مطالبة المشترى بالثمن، كما جاز له أيضا أن يعطى موكله توكيلا يقبض بموجبه الثمن من المشترى وقد تقدم ذكر ذلك .

وهذه بعض النصوص الفقهية . جاء فى تكملةفتح القدير (جزء ٦ ص١٧): « واعلم أن ههنا فائدة جليلة يجب التنبه لها قد ذكرها صدر الشريعة فى شرح الوقاية حيث قال : يجب أن يعلم أن الحقوق نوعان ، حق يكون للوكيل وحق يكون على الوكيل . فالأول كقبض المبيع ومطالبة ثمن المشترى والمخاصمة فى العيب والرجوع بثمن مستحق ، ففى هذا النوع للوكيل ولاية هذه الأمور لكن لا تجب عليه .فإن امتنع لا يجبره الموكل على هذه الأفعال، لأنه متبرع فى العمل بل يوكل الموكل بهذه الأفعال.. وإن مات الوكيل ، فولاية هذه الأفعال لورثته ، فإن امتنعوا وكلوا موكل مورثهم، وعند الشافعى للموكل ولاية هذه الأفعال بلا توكيل من الوكيل أو وارثه . وفى النوع الآخر يكون الوكيل مدعى عليه، فللمدعى أن يجبر الوكيل على تسليم المبيع وتسليم الثمن وأخواتهما». وجاء فى البحر الرائق (جزء ٧ ص ١٥٠) : « وكيل البيع لا يطالب بالثمن من مال نفسه بخلاف الوكيل بالشراء ، ولا يجبر على التقاضى لأنه متبرع . بخلاف الدلال والسمسار والبياع ، لأنهم يعملون بالأجر . ويقال للوكيل أحل الموكل على المشترى.» وجاء فى تكملة ابن عابدين (جزء أول ص٢٢٤): « اعلم أن الحقوق التى للوكيل ، كقبض المبيع ومطالبة ثمنه والمخاصمة فى العيب والرجوع بثمن المستحق ، غير واجبة عليه ، لأنه متبرع ، لكن ينبغى أن يوكل الموكل بهذه الأفعال . وأما الحقوق التى على الوكيل ، كتسليم المبيع والثمن ونحوهما ، فالوكيل فيها يدعى عليه ، فللمدعى أن يجبره على ذلك ، كما فى الكافى والبرجندى وصدر الشريعة » .

لا تنصرف حقوق العقد إلى النائب إذا كان محجورا :

قدمنا أنه يكفى فى الوكيل أن يكون مميزاً ولا يشترط فيه بلوغ الرشد، ومن ثم يجوز ان يكون الوكيل محجوراً ، صبياً أو سفيها محجوراً أو عبداً .ولكن

لما كان المحجور ليس من أهل العهدة ، فإنه يتعذر أن تنصرف إليه حقوق العقد. فلا يبقى إذن إلا صرف هذه الحقوق إلى الموكل لأنه هو الذى انتفع بتصرف المحجور ، ولأن الحكمة فى صرف حقوق العقد إلى الوكيل قد انتفت فالعاقد الآخر لايحق له أن يعتمد ، حتى لو أضاف المحجور العقد إلى نفسه ، على أنه سيرجع بحقوق العقد على المحجور ما دام هذا ليس من أهل العهدة . وكان مقتضى ذلك أن العاقد الآخر إذا تعامل مع وكيل محجور دون أن يعلم أنه محجور يكون مخيراً بين المضى فى العقد والرجوع بحقوقه على الموكل،وبين فسخ العقد لأنه اعتمد أن يرجع بحقوق العقد على الوكيل فظهر له أن هذا متعذر فيكون كمن فاته وصف مرغوب فيه . وهذا ما يذهب إليه أبو يوسف . أما فى ظاهر الرواية فلا خيار للعاقد الآخر ، ويتعين عليه أن يرجع بحقوق العقد على الموكل دون أن يفسخ ، لأن للحجر عادة علامات ظاهرة يستطيع العاقد الآخر أن يتبين بها أنه يتعامل مع وكيل محجور ، فإذا جهل ذلك فقد كان ينبغى أن يعلمه .

ويترتب على أن السبب فى عدم إنصراف حقوق العقد إلى الوكيل المحجور أنه ليس من أهل العهدة أمران : (١) أن العبد إذا أعتق لزمته العهدة وانصرفت إليه حقوق العقد بعد أن كانت منصرفة إلى الموكل ، لأن المانع من لزوم العهدة كان حق المولى وقد زال ذلك بالعتق . أما الصبى إذا بلغ سن الرشد لم تلزمه العهدة وتبقى حقوق العقد منصرفة إلى الموكل ، لأن المانع من لزوم العهدة كان قصور أهليته فلم تلزمه بعد البلوغ . (٢) إذا كان الوكيل صبياً أو عبداً مأذونا له ، كان من أهل العهدة فانصرفت حقوق العقد إليه دون الموكل . على أنه إذا وكل بالشراء بثمن مؤجل ، لم تلزمه العهدة لأنها هنا ضمان الكفالة لاضمان الثمن والصبى المأذون يلزمه ضمان الثمن لاضمان الكفالة .

ولا وجه للشبه بين القاعدة التى نحن بصددها وبين القاعدة الرومانية القديمة

التى كانت تقضى بجواز نيابة الابن والعبد عن رب الأسرة ، ففيما نحن بصدده ليس ضروريا أن يكون الوكيل المحجور هو ابن الموكل أو عبده ، أما فى القاعدة الرومانية فإن هذا ضرورى على اعتبار أن الابن أو العبد هو يد رب الأسرة يتصرف بها كما سبق القول .

وننقل الآن بعض النصوص الفقهية فى الأحكام التى قدمناها . جاء فى المبسوط للسرخسى (جزء ١٩ ص ٤٥) : « ولو وكل الصبى ببيع خادم فباعها جاز ، لأن الصبى العاقل له عبارة معتبرة شرعا حتى ينفذ تصرفه بإذن الولى فى ملك نفسه ، فكذلك ينفذ تصرفه فى ملك الغير بتوكيل المالك إياه بذلك . وهذا لأن اعتبار عبارته بتمحض منفعة له ، فيه يمتاز الآدمى من البهائم ، ويحصل له بهذا التصرف معنى التجربة ، فيصير مهتديا إلى التصرفات عالما بطرق التحرز عن أسباب الغبن ، وذلك محض منفعة له . ثم العهدة على الآمر إذا لم يكن الصبى مأذونا ، لأن فى إلزام العهدة إياه ضرراً والصبى يبعد عن المضار ، فإذا تعذر إيجاب العهدة عليه تعلق بأقرب الناس إليه وهو من انتفع بهذا التصرف وهو الآمر فكانت العهدة عليه إلا أن يكون الصبى مأذونا له ، فحينئذ تلحقه العهدة ، لأنه بالإذن صار بمنزلة البالغ فى التزام العهدة بالتصرف . . والعبد بمنزلة الصبى ، إلا أنه إذا كان محجوراً عليه يلزمه العهدة بعد العتق ، لأن قول العبد ملزم فى حق نفسه لكونه مخاطباً ، وإنما لا يكون ملزما فى حق المولى وقد سقط حقه بالعتق » . وجاء فى تكملة فتح القدير (جزء ٦ ص ١٦) : « ثم إن فى تقييد الصبى والعبد بقوله محجوراً عليه إشارة إلى أنهما لو كانا مأذونين تعلق الحقوق بهما ، لكن ذلك ليس بمطلق بل فيه تفصيل ذكر فى الذخيرة . وهو أن الصبى المأذون إذا وكل بالبيع فباع لزمه العهدة ، سواء كان الثمن حالا أو مؤجلا . وإذا وكل بالشراء بثمن مؤجل لم تلزمه العهدة قياسا واستحسانا ، بل تكون العهدة على الآمر ، حتى إن البائع يطالب الآمر بالثمن . لأن ما يلزمه من العهدة ضمان كفالة لا ضمان ثمن ، لأن ضمان الثمن ما يفيد الملك للضامن فى المشترى ، وهذا ليس كذلك ، إنما هذا التزم مالا

فى ذمته استوجب مثل ذلك على موكله وهذا هو معنى الكفالة، والصبى المأذون يلزمه ضمان الثمن لاضمان الكفالة . وأما إذا وكل بالشراء بثمن حال فالقياس ألا يلزمه العهدة ، وفى الاستحسان يلزمه . لأن ما التزمه ضمان ثمن حيث ملك المشترى من حيث الحكم ، فإنه يحبسه بالثمن حتى يستوفى من الموكل كالو اشترى لنفسه ثم باع منه ، والصبى المأذون من أهل ذلك . بخلاف ما إذا كان الثمن مؤجلا ، لأنه بما يضمن من الثمن لا يملك المشترى لا من حيث الحقيقة ولا من حيث الحكم ، لأنه لا يملك حبسه بذلك ، فكان ضمان كفالة من حيث المعنى، والجواب فى العبد المأذون إذا وكل بالبيع أو الشراء على هذا التفصيل . .

وعن أبى يوسف أن المشترى إذا لم يعلم بحال البائع ، ثم علم أنه صبى أو عبد محجور . . له خيار الفسخ لأن المشترى دخل فى العقد على ظن أن حقوقه تتعلق بالعاقد ، يعنى أن المشترى مارضى بالعقد إلا على اعتقاد أن حقوقه تتعلق بالعاقد. فإذا ظهر خلافه يتخير ، لأنه فات عنه وصف مرغوب فيه ، فصار كما إذا عثر . . على عيب لم يرض به ، والجامع بينهما عدم الرضا . وفى ظاهر الرواية لا خيار للمشترى ولا للبائع ، ذكره تاج الشريعة » . وجاء فى البحر (جزء ٧ ص ١٤٩) : « وقوله إن لم يكن محجورا شامل للحر الذى لم يحجر عليه بسفه والعبد المأذون والصبى المأذون . ولم يذكر شارحو الهداية المحجور عليه بالسفه هنا ، وإنما زدته هنا لدخوله تحت المحجور عليه فى كلامهم » . وجاء فى البدائع (جزء ٦ ص ٣٤) : « ولا خيار للمشترى من الوكيل المحجور ، سواء علم أنه محجور أو لم يعلم ، فى ظاهر الرواية . وعن أبى يوسف أنه إن كان عالما فلا خيار له ، فأما إذا كان جاهلا فله الخيار إن شاء فسخ العقد وإن شاء أمضاه.وجه قوله أن الرضا شرط جواز التجارة، وقد اختل الرضا ، لأنه لما أقدم على العقد على أن تكون العهدة على العاقد، فإذا تبين أنها ليست عليه اختل رضاه ، فثبت له الخيار كما إذا ظهر به عيب . وجه ظاهر الرواية أن الجهل بالحجر ليس بعذر ، لأنه يمكنه الوصول إليه خصوصا فى حق الصبى لأن الأصل فيه هو الحجر والإذن بعارض الرشد ،

فكان سبب الوصول إلى العلم قائما ، فالجهل به لتقصير من جهته ، فلا يعذر ويعتبر عالما ، ولو علم بالحجر حقيقة لما ثبت له الخيار كذا هذا ». أنظر أيضا الزيلعى ٤ ص ٢٥٦ — ص ٢٥٧ — الفتاوى الهندية ٣ ص ٥٦٨ — ص ٥٦٩ — تكملة ابن عابدين ١ ص ٢٢٣ .

تنصرف حقوق العقد إلى النائب إذا كان الأصيل محجورا :

وفى النيابة القانونية أو القضائية ، كنيابة الولى أو الوصى أو القيم عن المحجور ، لا مناص من انصراف حقوق العقد إلى النائب دون الأصيل. ذلك أن الأصيل محجور فهو ليس من أهل العهدة ، فتعين أن تنصرف حقوق العقد إلى نائبه دونه . على أن هذا الحكم يأتى من طريق آخر ، ففى الكثرة الغالبة من الأحوال يضيف الولى العقد إلى نفسه لا إلى المحجور فتنصرف حقوق العقد إلى الأول دون الثانى . ولكن حتى إذا قدرنا أنه يجوز للولى أن يضيف العقد إلى المحجور فأضافه إليه ، فإن حقوق العقد لا يمكن أن تنصرف إلى المحجور لأنه ليس من أهل العهدة ، فلابد إذن من انصرافها إلى الولى كما سبق القول. ولا يستطيع العاقد الآخر فى هذه الحالة أن يعترض، فهو يعلم أن المحجور الذى أضيف العقد إليه ليس من أهل العهدة ، فلا يمكنه أن يعتمد فى الرجوع بحقوق العقد إلا على الولى .

وغنى عن البيان أن حكم العقد ، سواء أضاف الولى العقد إلى نفسه أو أضافه إلى المحجور ، ينصرف إلى المحجور . ويقول الكاسانى (البدائع ٥ ص ١٥٣) : « وليس له (للولى) أن يشترى بماله (مال المحجور) شيئا بأكثر من قيمته قدر ما لا يتغابن الناس فيه عادة لما قلنا ، ولو اشترى ينفذ عليه، ويكون المشترى له لأن الشراء وجد نفاذا على المشترى » . ويستخلص من هذا النص أن الولى إذا اشترى للمحجور مالا بمثل القيمة أو بغبن يسير ،

نفذ الشراء على المحجور ، أى انصرف حكم العقد إليه وصار هو المالك لما اشتراه له الولى(١) .

جواز قيام علاقة مباشرة بين الموكل والعاقد الآخر :

على أنه بالرغم من انصراف حقوق العقد إلى الوكيل الذى يضيف العقد إلى نفسه ، فإن هذا لايمنع قيام علاقة مباشرة بين الموكل والعاقد الآخر فى بعض أحوال سبق ذكرها . ويرجع ذلك إلى أن العاقد الآخر ، مع أنه اعتمد التعامل مع الوكيل بعد أن أضاف هذا العقد إلى نفسه ، لايتضرر إذا تعامل رأسا مع الموكل بل يستفيد .

فقد قدمنا أن المشترى يملك باختياره أن يدفع الثمن رأسا إلى الموكل دون الوكيل بالبيع ، وفى هذا الحكم فسحة له ، إذ يستطيع أن يبرىء ذمته من الثمن بالدفع إما إلى الوكيل وإما إلى الموكل (٢) . فإذا نقد الموكل الثمن كان له أن يرجع عليه رأسا بضمان الاستحقاق وبضمان العيب . وقدمنا أن فى الشراء بوكيل لا مانع من أن المشترى يتخطى وكيله ويدفع الثمن رأسا

---

(١) أنظر الاستاذ شفيق شحاته فى محاضرات غير مطبوعة عن النيابة القاها فى قسم الدكتوراه ص ٥١ ـ ويقول الاستاذ شفيق شحاته فى هذا الصدد : « والظاهر ان فقهاء المذهب الحنفى لم يفرقوا مابين شراء الاب الذى تعامل باسم الصغير وشراء الاب الذى تعامل باسمه خاصة فى الحكم ، مما يدل على ان الولى يتعامل فى العادة باسمه خاصة ويمكن انفاذ العقد عليه هو نفسه متى وجب ذلك » ثم يقول نقلا عن الاستاذ احمد ابراهيم : « الذى ظهر لى ان الاب اذا صرح فى العقد انه يشتري لابنه او قامت قرينة على ذلك (وكان الشراء بغبن فاحش) ، فان العقد يبطل ، فلا ينفذ على الولد ولا على الاب، لانه قام الدليل على انه يعقد لغيره لا لنفسه . اما اذا اطلق الاب ولم توجد القرينة عند الشراء ، نفذ على الاب حتما ، لان الاب كما يشترى لولده يشترى ايضا لنفسه» .

(٢) وقد يقال انه فى البيع بوكيل اذا استطاع الموكل ان يقبض الثمن راسا من المشترى باختياره دون ان يستطيع اجباره على الدفع ان الثمن قد انقسم الى دين ومطالبة (مديونية ومسئولية)،فالدين للموكل ولذلك كان الوفاء له مبرئا للذمة ، والمطالبة للوكيل ولذلك جاز له اجبار المشترى على الوفاء .

للبائع ، ولا مانع من أن البائع يتخطى وكيل المشترى ويسلم المبيع رأساً للمشترى . وفى البيع بوكيل تقع المقاصة بين الثمن ودين فى ذمة البائع للمشترى ، وفى هذا نفع ظاهر للعاقد الآخر وهو المشترى . (قارن الأستاذ شفيق شحاته فى محاضراته غير المطبوعة فى نظرية النيابة ص ٨٦) .

فالقاعدة التى تقضى بانصراف حقوق العقد إلى الوكيل الذى يضيف العقد إلى نفسه إنما تقررت بوجه عام لحماية العاقد الآخر ، ففى الحالات التى لايحتاج فيها العاقد الآخر إلى هذه الحماية ، نعود إلى الأصل فى النيابة ، فتقوم العلاقة المباشرة مابين العاقد الآخر والأصيل .

ثانيا : المذاهب الثلاثة الأخرى غير المذهب الحنفى

المذهب المالكى :

أ - مالك : الأصل فى المذهب المالكى أن الوكيل هو الذى تتعلق به حقوق العقد .

فإذا كان وكيلا بالبيع ، فهو الذى يطالب المشترى بالثمن ، وتعتبر هذه المطالبة من توابع الوكالة فلا يجوز له أن يتركها ولذلك لو سلم المبيع ولم يقبض الثمن ضمنه . وهذا ما لم يقض العرف بخلافه ، ففى بيع الدار والعقار جرى العرف أن الوكيل بالبيع لايقبض الثمن إلا بتوكيل خاص والذى يطالب بالثمن ويقبضه هو الموكل . أما فى بيع السلع فللوكيل قبض الثمن والمطالبة به . والوكيل بالبيع هو الذى يطالبه المشترى بتسليم المبيع وبضمان العيب وبضمان الاستحقاق . ومع ذلك يستثنى من تحمل الوكيل بالعهدة أحوال ثلاث : (١) إذا صرح الوكيل للعاقد الآخر بالبراءة من العهدة ، فالموكل هو الذى يتحمل بها فى هذه الحالة ، ويرجع العاقد الآخر عليه مباشرة بها . (٢) إذا علم العاقد الآخر بوجود الوكالة ، فعند ذلك تكون العهدة مباشرة على الموكل ويطالبه العاقد الآخر بها رأساً . ومع ذلك إذا كان الوكيل مفوضا ، فللعاقد

الآخر رغم علمه بوجود الوكالة أن يتبع الموكل أو يتبع الوكيل . والوكيل المفوض هو من فوض له الموكل أموره فى كل شىء وأقامه مقامه . فيمضى من فعل الوكيل المفوض فى حق موكله ما كان على وجه السداد والنظر . وأما مالا مصلحة فى فعله فالوكيل المفوض معزول عنه فلا يجوز له التبرع بمال الموكل ، مالم يقل الموكل للوكيل أمضيت ما كان غير نظر ، فعندئذ يصح من الوكيل المفوض أى تصرف يكون نظراً عند العقلاء ولو لم يكن نظراً عند الموكل (أنظر فى الوكيل المفوض الخرشى ٦ ص ٧٠ — ص ٧١ — الشرح الكبير للدردير فى حاشية الدسوقى ٣ ص ٣٨١ — ص ٣٨٢ — الحطاب ٥ ص ١٩١ — ١٩٤) . (٣) السمسار ، بخلاف الوكيل ، لا عهدة عليه ، لأن الشأن فيه أن يبيع لغيره . على أن السمسار لا يكون عادة وكيلا ، بل هو رسول ووسيط .

وإذا كان الوكيل بالشراء ، فهو الذى يطالب البائع بتسليم المبيع وبضمان العيب وبضمان الاستحقاق ، وهذه المطالبات أيضاً تعتبر من توابع الوكالة . والوكيل بالشراء هو الذى يطالبه البائع بالثمن ، وذلك مالم يصرح الوكيل للبائع بالبراءة من دفع الثمن ، فعند ذلك لا يطالبه البائع بالثمن ويرجع به مباشرة على الموكل .

النصوص الفقهية :

جاء فى الخرشى (جزء ٦ ص٧٢) : «الوكيل على بيع له أن يطلب المشترى بالثمن ويقبضه منه ويدفعه لموكله، أو شراء له أن يشتريه ويقبضه من بائعه، وإن ظهر به عيب ظاهر كما يأتى فله رده على بائعه بغير إذن موكله ، وهذا إذا لم يعين الموكل للوكيل المبيع، وأما إن عينه له بأن قال اشترلى الشىء الفلانى فإنه ليس له رده ، وهذا فى الوكيل المخصوص أما فى الوكيل المفوض إليه فله أن يرده على بائعه ولو عينه له موكله، ونحوه فى المدونة. وقيد اللخمى رد المعيب بما إذا كان

العيب ظاهراً ، وأما إن كان خفياً كالسرقة ونحوها فلا شيء على الوكيل ، ولم يذكر ابن عرفة هذا التقييد ولا صاحب الشمل . . . إذا وكله على شراء شيء فإنه يطالب بثمنه ، مالم يصرح بالبراءة من دفع الثمن . وكذلك إذا وكله على بيع شيء فإنه يطالب بالمثمون ، مالم يصرح بالبراءة من دفع المثمون ، وإلا فلا يطالب بذلك وإنما المطالب بما ذكر الموكل . . . فإن صرح بالبراءة ، بأن يقول وينقدك فلان دونى ، فلا مطالبة على الوكيل بالثمن . . وكذلك يطالب لوكيل بعهدة المبيع من غصب أو استحقاق ، مالم يعلم المشترى أن المتولى البيع وكيل ، فإن علم فالعهدة لا تكون عليه وتكون على من وكله أى فيرد عليه المبيع ويكون الثمن عليه ، وهذا فى الوكيل المخصوص وأما المفوض فيتبع كما يتبع البائع والعهدة عليه كالشريك المفاوض والمقارض بخلاف القاضى والوصى . » وجاء فى حاشية العدوى (الخرش ٦ ص ٧٢) تعقيباً على ما تقدم : « قوله مالم يصرح بالبراءة : وما لم يكن العرف عدم المطالبة بهما ، فإن كان العرف ذلك لم يطالب بهما . والسمسار كالوكيل فى ذلك ، بخلاف العهدة ، فإن الوكيل عليه العهدة مالم يعلم المشترى بأنه وكيل ، بخلاف السمسار فإنه لا عهدة عليه لأن الشأن فيه أن يبيع لغيره . . بخلاف القاضى والوصى إذا باعا سلعة من سلع اليتيم فلا يطالبان بالعهدة فيما وليا بيعه ، والعهدة فى مال اليتامى ، فإن هلك مال الأيتام ثم استحقت السلعة فلا شيء على الأيتام » .

وجاء فى الشرح الكبير للدردير (حاشية الدسوقى ٣ ص ٣٨٢ — ص ٣٨٣) : « إذا وكله على بيع . . عليه طلب الثمن وقبضه لأنه من توابع المبيع . . . إذا وكله على اشتراء . . عليه قبض المبيع من البائع وتسليمه للمشترى . وله رد المعيب على بائعه إن لم يعينه . . موكله ، فإن عينه بأن قال له اشتر لى هذه السلعة فلا رد للوكيل به ، وهذا فى الوكيل الغير المفوض وإلا فله الرد ولو عين له الموكل المبيع . وطولب بثمن لسلعة اشتراها لموكله أو باعها له ، ولثمن كذلك اشتراه أو باعه لموكله ، مالم يصرح بالبراءة من الثمن والمثمن . فإن صرح ، بأن قال لا أتولى ذلك ، لم يطالب وإنما يطالب

موكله . . . وطولب الوكيل بالعهدة من عيب أو استحقاق ، مالم يعلم المشترى أنه وكيل وإلا فالطلب على الموكل لا الوكيل ، إلا أن يكون مفوضا » . وجاء فى حاشية الدسوقى (٣ ص ٣٨٣) تعقيباً على ما تقدم : « قوله مالم يعلم المشترى أنه وكيل : أى كالسمسار ، أى ومالم يحلف الوكيل أنه كان وكيلا فى البيع .. قوله إلا أن يكون مفوضا : اى فإن كان مفوضا ، كان له الرجوع عليه وعلى الموكل ، فيصير له غريمان يتبع أيهما شاء كالشريك المفوض والمقارض . والحاصل أن الوكيل إن كان غير مفوض ، فإنه يطالب بالعهدة مالم يحلف أو يعلم المشترى أنه وكيل ، وإلا كان المطالب بها الموكل . وإن كان مفوضا ، كان للمشترى الرجوع عليه ، لا فرق بين عدم علم المشترى أنه وكيل أو علم أنه وكيل فقط أو علم أنه وكيل مفوض . وفى المفوض يصير للمشترى غريمان كما علمت . » .

وجاء فى الحطاب (جزء ٥ ص ١٩٤ — ص ١٩٥) : « والوكيل على بيع الدار والعقار إذا أراد قبض الثمن من المشترى ، وأراد أن يقيم البينة أنه وكيل على البيع ، لم يمكن من ذلك . لأن العرف والعادة أن وكيل البيع فى الدار والعقار لايقبض الثمن ، فليس له ذلك إلا بتوكيل خاص على قبض الثمن ، إلا أن يكون أهل بلد جرت عادتهم بأن متولى البيع يتولى قبض الثمن فيجزئه إقامة البينة على الوكالة على البيع . وهذا بخلاف الوكيل على بيع السلع ،فإن له قبض الثمن والمطالبة به .. إذا عين الموكل السلعة المشتراة، فليس للوكيل أن يردها بالعيب اتفاقا لاحتمال أن يكون الموكل علم بالعيب أو يغتفره عند اطلاعه عليه لغرضه فيه . واختلف إذا لم يعينها ، فقال ابن القاسم للوكيل أن يرده لأنه ضامن بمخالفة الصفة ، وقال أشهب ليس له أن يرده وإن رد فللموكل ألا يجيز الرد ويضمنه قيمتها إن فاتت .. قال فى التوضيح قيد اللخمى قول ابن القاسم بما إذا كان العيب ظاهراً ، قال وأما إن كان العيب مما يخفى فلا شىء على الوكيل ، وإذا لم يكن عليه ضمان لم يكن له أن يرد انتهى . ولم يذكر ابن عرفة هذا التقييد ولا صاحب الشامل » .

وجاء فى المواق (على هامش الحطاب ٥ ص ١٩٤ – ص ١٩٥) :
« تشمل الوكالة على البيع والشراء لوازمهما العرفية فيها ، لأن وكيل البيع له قبض الثمن وإن لم يؤمر بذلك ، وليس للمبتاع أن يأبى ذلك عليه .. إنما فرق بين شراء الوكيل وبين بيعه إن قال أبيع لفلان فالعهدة على فلان وإن قال أشترى لفلان فالثمن على الوكيل إلا أن يقول فلان ينقدك دونى ، هو أن العهدة أمرها خفيف وقد لا يحتاج إليها أبدا ، والثمن فى شرائه لا بد منه وهذا قد ولى معاملته وقبض سلعته فعليه أداء ثمنها إلا أن يشترط أن الثمن على فلان . وبالعهدة مالم يعلم : أنظر هذا الإطلاق ، قال فى المدونة من باع سلعة لرجل بأمره ، فإن أعلم المشترى فى العقد أنها لفلان فالعهدة على ربها إن ردت بعيب فعلى ربها ترد وعليه اليمين لا على الوكيل ، وإن لم يعلمه أنها لفلان حلف الوكيل وإلا ردت السلعة عليه . وما باع الطوافون والنخاسون ومن يعلم أنه يبيع للناس فلا عهدة عليهم فى عيب ولا استحقاق ، والتباعة على ربها » .

مذهب الشافعى :

أحكام : الأصل فى مذهب الشافعى بخلاف المذهبين الحنفى والمالكى ، أن الموكل هو الذى تتعلق به حقوق العقد ، كما يتعلق به حكمه فيما قدمناه :

فإذا كان البيع بوكيل ، فالموكل هو الذى يطالب المشترى بالثمن وهو الذى يقبضه . ويجوز للوكيل أن يقبض الثمن الحال إذا لم يمنعه الموكل من ذلك لأنه من مقتضيات البيع ، وفى رواية لا يجوز للوكيل أن يقبض الثمن الحال إلا إذا أذنه الموكل فى ذلك . والموكل هو الذى يطالبه المشترى بتسليم المبيع . ويجوز للوكيل إذا تسلم المبيع من الموكل أن يسلمه للمشترى إذا لم يمنعه الموكل من ذلك ، لأنه من مقتضيات البيع ، وفى رواية لا يجوز للوكيل إذا تسلم المبيع أن يسلمه للمشترى إلا إذا أذنه الموكل فى ذلك .

والموكل هو الذى يطالبه المشترى بضمان العيب وبضمان الاستحقاق ، لأن حقوق العقد تتعلق فى الأصل بالموكل كما قدمنا .

وإذا كان الشراء بوكيل ، فالموكل هو الذى يطالب البائع بتسليم المبيع وهو الذى يقبضه . ويجوز للوكيل قبض المبيع وتسليم الثمن المسلم إليه ، وذلك مالم يمنعه الموكل . والموكل هو الذى يرجع على البائع بضمان الاستحقاق وبضمان العيب ، وللوكيل أيضا أن يرجع على البائع بضمان العيب إلا إذا رضى الموكل بالعيب فلا يجوز للوكيل الرجوع . والموكل هو الذى يطالبه البائع بالثمن ، والوكيل ضامن ، لأن المبيع للموكل فكان الثمن عليه والوكيل تولى العقد والتزم الثمن فضمنه . فإن دفع الوكيل الثمن رجع به على الموكل ، وإن دفعه الموكل لم يرجع على الوكيل . وهناك رأيان آخران : أحدهما أن الثمن على الوكيل دون الموكل ، فلا يرجع الوكيل على الموكل إلا إذا رجع البائع على الوكيل ، حتى إذا أبرأ البائع الوكيل سقط الثمن وحصلت السلعة للموكل من غير ثمن . والرأى الثانى أن الثمن للبائع على الوكيل وللوكيل على الموكل مثله ، فيجوز للوكيل مطالبة الموكل بالثمن وإن لم يطالبه البائع به.

وتبقى بعد ذلك ملاحظتان :

(الملاحظة الأولى) أنه يرد فى كتب فقه الشافعى أن أحكام العقد تتعلق بالوكيل . والمقصود بأحكام العقد هنا حقوق العقد التى تتصل بتكوينه كخيار المجلس وخيار الرؤية والتقابض فى المجلس ، دون حقوق العقد التى تتصل بآثاره كالمطالبة بالثمن وبتسليم المبيع والرجوع بضمان العيب وبضمان الاستحقاق فإن هذه الحقوق تتعلق بالموكل لا بالوكيل كما سبق القول (قارن الأستاذ محمد يوسف موسى فى الملكية ونظرية العقد فى الفقه الإسلامى ص ٣٧٤ — ص ٣٧٥) . جاء فى مغنى المحتاج للشربينى (جزء ٢ ص ٢٣٠ — ص ٢٣١) : « وأحكام العقد تتعلق بالوكيل دون الموكل . فيعتبر ، فى الرؤية ولزوم العقد بمفارقة المجلس والتقابض فى المجلس حيث يشترط كالربوى ورأس مال السلم ، الوكيل دون الموكل . لأن الوكيل هو العاقد حقيقة ، وله الفسخ بخيار المجلس وكذا بالخيار المشروط له وحده كما قاله بعض المتأخرين،

وإن رضى الموكل ببقائه . بخلاف مامر فى المعيب من أن الموكل إذا رضى به ليس للوكيل الرد ، لأنه لدفع الضرر عن المالك ، وليس منوطا باسم المتعاقدين كما نيط به كل من الفسخ بخيار المجلس لخبر (البيعان بالخيار مالم يتفرقا) وخيار الشرط بالقياس على خيار المجلس ، ولأن ملكه ثم قد تم عليه بخلافه هنا » . أنظر أيضا نهاية المحتاج للرملى جزء ٥ ص ٥٠ .

(الملاحظة الثانية) أن فقهاء الحنفية ، من أجل ماذكرناه من أن حقوق العقد تتعلق بالموكل فى فقه الشافعى ، يعارضون عادة مذهبهم بمذهب الشافعى فى هذه المسألة ، ويوردون حجج كل من الفريقين. من ذلك ماورد فى البدائع (جزء ٦ ص ٣٣) : « وقال الشافعى رحمه الله لايرجع شىء من الحقوق إلى الوكيل ، وإنما يرجع إلى الموكل . وجه قوله أن الوكيل متصرف بطريق النيابة عن الموكل ، وتصرف النائب تصرف المنوب عنه . ألا ترى أن حكم تصرفه يقع للموكل ، فكذا حقوقه ، لأن الحقوق تابعة للحكم والحكم هو المتبوع ، فإذا كان الأصل له فكذا التابع . ولنا أن الوكيل هو العاقد حقيقة ، فكانت حقوق العقد راجعة إليه ، كما إذا تولى الموكل بنفسه . ولا شك أن الوكيل هو العاقد حقيقة ، لأن عقده كلامه القائم بذاته حقيقة ، ويستحيل أن يكون الإنسان فاعلا بفعل الغير حقيقة . وهذه حقيقة مقررة بالشريعة ، قال الله عز وجل وأن ليس للإنسان إلا ماسعى ، وقال الله عز شأنه لها ما كسبت وعليها ما اكتسبت . وكان ينبغى أن يكون أصل الحكم له أيضا لأن السبب وجد منه حقيقة وشرعا ، إلا أن الشرع أثبت أصل الحكم للموكل لأن الوكيل إنما فعله له بأمره وإنابته وفعل المأمور مضاف إلى الآمر » .

النصوص الفقهية :

جاء فى مغنى المحتاج للشربينى (جزء ٢ ص ٢٢٥ — ص ٢٢٦) : « والأصح أن الوكيل بالبيع له قبض الثمن الحال إن لم يمنعه الموكل من قبضه ، وله تسليم المبيع إن كان مسلما إليه إن لم ينه عن تسليمه ، لأنهما من مقتضيات البيع .

والثانى لا ، لعدم الإذن فيهما وقد يرضاه للبيع دون القبض ومحل الخلاف إذا لم يكن القبض شرطا ، فإن كان كالصرف ونحوه فله القبض والإقباض قطعا . أما إذا كان الثمن مؤجلا ولو حل ، أو حالا ونهاه عن قبضه ، لم يملك قبضه قطعا . . سكت المصنف عن حكم الوكيل بالشراء ، وهو كالوكيل بالبيع فله قبض المبيع وله تسلم الثمن ان كان مسلما إليه ولم ينهه عن تسليمه.ولا يسلمه ، أى وكيل البائع ،المبيع حتى يقبض الثمن ، لما فى التسليم قبله من الخطر.فإن خالف ضمن لتعديه قيمته كما قال الرافعى وقت التسليم ، وقضيته أنه لا فرق فى غرم القيمة بين المثلى والمتقوم وهو كذلك لأنه للحيلولة ، فإذا غرمها ثم قبض الثمن دفعه إلى الموكل واسترد المغروم . . لكل من الوكيل والموكل الرد بالعيب ، أما الموكل فلأنه المالك والضرر لاحق به ، وأما الوكيل فلأنه نائبه ولأنا لولم نجوزه له لكان المالك ربما لايرضى به فيتعذر الرد لكونه فوريا ويبقى للوكيل فيتضرر به . . ولو رضى بالعيب الموكل . . لم يرده الوكيل إذ لاحظ له فى الفسخ . . وإن رضى به الوكيل أو قصر فى الرد رده الموكل لبقاء حقه » .

وجاء فى نهاية المحتاج للرملى (جزء ٥ ص ٥١) : « وإذا قبض الوكيل بالبيع الثمن حيث جوزناه له وتلف فى يده . . وخرج المبيع مستحقا ، رجع عليه المشترى ببدل الثمن وإن اعترف بوكالته فى الأصح ، لدخوله فى ضمانه بقبضه . والثانى يرجع به على الموكل وحده ، لأن الوكيل سفير محض . ثم يرجع الوكيل إذا غرم على الموكل بما غرمه ، لأنه غره . . وللمشترى الرجوع على الموكل ابتداء فى الأصح . . لأن الوكيل مأمور من جهته ويده كيده » .

وجاء فى المهذب (جزء أول ص ٣٥٣ — ص ٣٥٤) : « فإن وكله فى الشراء ولم يدفع إليه الثمن فاشتراه ، فى الثمن ثلاثة أوجه . أحدها أنه على الموكل ، والوكيل ضامن ، لأن المبيع للموكل فكان الثمن عليه والوكيل تولى العقد والتزم الثمن فضمنه . فعلى هذا يجوز للبائع أن يطالب الوكيل والموكل ، لأن أحدهما ضامن والآخر مضمون عنه . فإن وزن الوكيل الثمن

رجع على الموكل، وإن وزن الموكل لم يرجع على الوكيل . والثانى أن الثمن على الوكيل دون الموكل ، لأن الذى التزم هو الوكيل فكان الثمن عليه . فعلى هذا يجوز للبائع مطالبة الوكيل لأن الثمن عليه ، ولا يجوز له مطالبة الموكل لأنه لا شيء عليه . فإن وزن الوكيل رجع على الموكل لأنه التزم بإذنه ، وإن لم يزن لم يرجع ، كما نقول فيمن أحال بدين عليه على رجل لا دين له عليه إذا وزن رجع وإذا لم يزن لم يرجع . وإن أبرأ البائع الوكيل سقط الثمن ، وحصلت السلعة للموكل من غير ثمن . والثالث أن الثمن على الوكيل ، وللوكيل فى ذمة الموكل مثل الثمن ، فيجوز للبائع مطالبة الوكيل دون الموكل ، وللوكيل مطالبة الموكل بالثمن وإن لم يطالبه البائع » .

المذهب الحنبلى :

أحكام : الأصل فى المذهب الحنبلى ، كما فى مذهب الشافعى ، أن الموكل هو الذى تتعلق به حقوق العقد كما يتعلق به حكمه .

فإذا كان البيع بوكيل فالموكل هو الذى يطالب المشترى بالثمن وهو الذى يقبضه . ويملك الوكيل فى قول المطالبة بالثمن وقبضه، لأنه من مقتضيات البيع . والموكل هو الذى يطالبه المشترى بتسليم المبيع ، كما يملك الوكيل تسليم المبيع للمشترى لأنه من مقتضيات البيع ولكن بشرط أن يقبض الثمن الحال . والموكل هو الذى يطالبه المشترى بضمان العيب وبضمان الاستحقاق ، لأن حقوق العقد تتعلق فى الأصل بالموكل كما قدمنا .

وإذا كان الشراء بوكيل ، فالموكل هو الذى يطالب البائع بتسليم المبيع وهو الذى يقبضه . ويجوز للوكيل قبض المبيع وتسليم الثمن . والموكل هو الذى يرجع على البائع بضمان العيب وبضمان الاستحقاق ، وفى رواية يجوز للوكيل أيضاً الرجوع على البائع بضمان الاستحقاق . والموكل هو الذى يطالبه البائع بالثمن ، والوكيل ضامن، فيثبت الثمن فى ذمة الموكل أصلا وفى ذمة الوكيل تبعاً . وللبائع مطالبة من شاء منهما ، فإن أبرأ الوكيل لم يبرأ

الموكل ، وإن أبرأ الموكل برىء الوكيل أيضاً ، شأنهما فى ذلك شأن المكفول والكفيل .

ويتبين مما تقدم أن أحكام المذهب الحنبلى فى تعلق حقوق العقد بالموكل قريبة كثيراً من أحكام مذهب الشافعى التى تقدم ذكرها .

النصوص الفقهية :

جاء فى المغنى (جزء ٥ ص ٩٢ — ص ٩٣) : « وإن وكله فى بيع شىء ملك تسليمه ، لأن إطلاق التوكيل فى البيع يقتضى التسليم لكونه من تمامه . ولم يملك الإبراء من ثمنه ، وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة يملكه . ولنا أن الإبراء ليس من البيع ولا من تتمته ، فلا يكون التوكيل فى البيع توكيلا فيه كالإبراء من غير ثمنه . وأما قبض الثمن فقال القاضى وأبو الخطاب لا يمكن ، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعى ، لأنه قد يوكل فى البيع من لا يأمنه على قبض الثمن . فعلى هذا إن تعذر قبض الثمن من المشترى ، لم يلزم الوكيل شىء . ويحتمل أن يملك قبض الثمن ، لأنه من موجب البيع ، فملكه الوكيل فيه كتسليم المبيع . فعلى هذا ليس له تسليم المبيع إلا بقبض الثمن أو حضوره ، وإن سلمه قبل قبض ثمنه ضمنه . والأولى أن ينظر فيه ، فإن دلت قرينة الحال على قبض الثمن مثل توكيله فى بيع ثوب فى سوق غائب عن الموكل أو موضع يضيع الثمن بترك قبض الوكيل له ، كان إذنا فى قبضه . ومتى ترك قبضه كان ضامنا له ، لأن ظاهر حال الموكل أنه إنما أمره بالبيع لتحصيل ثمنه ، فلا يرضى بتضييعه ، ولهذا يعد من فعل ذلك مضيعاً مفرطا . وإن لم تدل القرينة على ذلك ، لم يكن له قبضه ... وإن وكله فى شراء شىء ملك تسليم ثمنه ، لأنه من تتمته وحقوقه ، فهو كتسليم المبيع فى البيع . والحكم فى قبض المبيع كالحكم فى قبض الثمن فى البيع على ما مضى من القول فيه . فإن اشترى عبداً ونقد ثمنه فخرج العبد مستحقاً ، فهل يملك أن يخاصم البائع فى الثمن ؟ على وجهين » .

وجاء فى نفس الكتاب (جزء ٥ ص ١٣١): «وإن كان الثمن فى الذمة، فللوكيل والموكل المطالبة به، وبهذا قال الشافعى. وقال ابو حنيفه ليس للموكل المطالبة، لأن حقوق العقد تتعلق بالوكيل دونه، ولهذا يتعلق بمجلس الصرف والخيار به دون موكله، فكذلك القبض. ولنا أن هذا دين للموكل يصح قبضه له، فملك المطالبة به كسائر ديونه التى وكل فيها. ويفارق مجلس العقد، لأن ذلك من شروط العقد فتتعلق بالعاقد كالإيجاب والقبول. وأما الثمن فهو حق للموكل ومال من أمواله، فكانت له المطالبة به. ولا نسلم أن حقوق العقد تتعلق به، وإنما تتعلق بالموكل، وهى تسليم الثمن وقبض المبيع والرد بالعيب وضمان الدرك. فأما ثمن ما اشتراه إذا كان فى الذمة، فإنه يثبت فى ذمة الموكل أصلا، وفى ذمة الوكيل تبعا كالضامن. وللبائع مطالبة من شاء منهما، فإن أبرأ الوكيل لم يبرأ الموكل، وإذا أبرأ الموكل برىء الوكيل أيضاً كالضامن والمضمون عنه سواء».

يد الوكيل يد أمانة فى المذاهب الثلاثة:

وفى المذاهب الثلاثة المتقدمة الذكر جميعاً، يد الوكيل يد أمانة، كما هو الحكم فى المذهب الحنفى على ما مر بيانه. فما قبضه الوكيل من مال لحساب الموكل، فهو أمانة فى يده. ومن ثم إذا قبض الوكيل بالشراء المبيع من البائع ليسلمه إلى الموكل، أو قبض الثمن من الموكل ليدفعه إلى البائع، أو قبض الوكيل بالبيع الثمن من المشترى ليدفعه إلى الموكل، أو قبض المبيع من الموكل ليسلمه إلى المشترى، أو قبض الوكيل بقبض الدين أو العين ما وكل فى قبضه، فإن ما فى يد الوكيل فى كل هذه الأحوال يكون أمانة بمنزلة الوديعة، فإذا هلك بغير تعد منه هلك على الموكل، وإلا هلك عليه.

جاء فى الخرشى (جزء ٦ ص ٨١ — ص ٨٢): «الوكيل غير المفوض إذا وكل على قبض حق فقال قبضته وتلف منى، فإنه يبرأ لموكله من ذلك

لأنه أمين وأما الغريم الذى عليه الدين فإنه لا يبرأ من الدين إلا إذا أقام بينة تشهد له أنه دفع الدين إلى الوكيل المذكور ، ولا تنفعه شهادة الوكيل لأنها شهادة على فعل نفسه . وإذا غرم الغريم فإنه يرجع بذلك على الوكيل ، إلا أن يتحقق تلفه من غير تفريط منه . وأما الوكيل المفوض إليه ومثله الوصى ، إذا أقر كل منهما أنه قبض الحق لموكله أو ليتيمه ثم قال بعد ذلك تلف منى ، فإنه يبرأ من ذلك ، وكذلك الغريم يبرأ من الدين ولا يحتاج إلى إقامة بينة ، لأن المفوض جعل له الإقرار والوصى مثله ، وقوله تلف أى أو رددته . وللغريم تحليف الموكل على عدم العلم بدفعه إلى الوكيل وعدم وصول المال إليه . . إذا وكله على شراء سلعة ولم يدفع ثمنه فاشتراها له بما أمره ، ثم أخذ الوكيل الثمن من الموكل ليدفعه للبائع ، فضاع ، فإن ثمنها يلزم الموكل ولو ضاع مراراً ، إلى أن يصل إلى ربه . لأن الوكيل إنما اشترى السلعة على ذمة الموكل فالثمن فى ذمته إلى أن يصل إلى ربه ، إلا أن يكون الموكل دفع لوكيله ثمن السلعة قبل أن يشتريها ، فإنه إذا ضاع من الوكيل لا يلزم الموكل أن يغرم الثمن ثانية ، لأنه مال بعينه لا يلزمه غيره ، سواء تلف بعد قبض السلعة أو قبله ، وتلزم السلعة الوكيل بالثمن الذى اشتراها به » .

وجاء فى المهذب (جزء أول ص ٣٥٧) : « والوكيل أمين فيما فى يده من مال الموكل . فإن تلف فى يده من غير تفريط ، لم يضمن ، لأنه نائب عن الموكل فى اليد والتصرف . فكان الهلاك فى يده كالهلاك فى يد الموكل فلم يضمن » .

وجاء فى المغنى (جزء ٥ ص ١٠١ — ١٠٢) : « وإذا قبض الوكيل ثمن المبيع ، فهو أمانة فى يده ، لا يلزمه تسليمه قبل طلبه ، ولا يضمنه بتأخيره . لأنه رضى بكونه فى يده ، ولم يرجع عن ذلك . فإن طلبه ، فأخر رده مع إمكانه ، فتلف ضمنه » .

موازنة بين المذاهب الأربعة فيمن تتعلق به حقوق العقد :

وضح مما قدمناه أن الأصل فى حقوق العقد أنها تتعلق بالوكيل فى كل من المذهب الحنفى والمذهب المالكى ، وتتعلق بالموكل فى كل من مذهب الشافعى والمذهب الحنبلى .

على أننا إذا ركزنا الموازنة فى الأمر الجوهرى ، فإن أهم مسألة فى تعلق الحقوق هى علاقة العاقد الآخر بالموكل ، وهل تقوم بينهما علاقة مباشرة ، وبخاصة من ناحية الحقوق التى للعاقد الآخر فى ذمة الوكيل فهل يجوز للعاقد الآخر الرجوع بها مباشرة على الموكل ، أو لابد من رجوعه على الوكيل ثم يرجع الوكيل على الموكل ؟ أما الحقوق التى للوكيل فى ذمة العاقد الآخر ، فامرها هين . إذ يمكن لكل من الوكيل والموكل اقتضاؤها من العاقد الآخر . فالوكيل يقتضيها فى المذهب الحنفى باعتباره العاقد الأصيل فتنصرف حقوق العقد له ، ويقتضيها فى المذاهب الثلاثة الأخرى باعتبار أن هذه الحقوق من مقتضيات الوكالة فهى تتمة لها . ويقتضيها الموكل فى المذهب الحنفى بتوكيل من الوكيل ، وفى المذهب المالكى بحكم الشرط أو العرف ، وفى مذهب الشافعى والمذهب الحنبلى باعتبار الموكل أصيلا فتنصرف حقوق العقد له كما ينصرف له حكمه .

تبقى إذن مسألة إمكان رجوع العاقد الآخر مباشرة على الموكل ، وهى أهم مسألة فى هذا الموضوع ، وقد اختلفت المذاهب فيها .

فأما المذهب الحنفى ، فلا يجيز رجوع العاقد الآخر مباشرة على الموكل وإنما يرجع على الوكيل ، ويرجع الوكيل على الموكل .

وأما المذهب المالكى ، فهو أيضا لا يجيز فى الأصل رجوع العاقد الآخر مباشرة على الموكل ، ويجيزه استثناء بالشرط أو العرف أو علم العاقد الآخر بالوكالة .

وأما مذهب الشافعى والمذهب الحنبلى ، فالأصل فيهما جواز رجوع العاقد الآخر مباشرة على الموكل باعتباره أصيلا إذ هو الذى تنصرف إليه حقوق العقد . وفى بعض هذه الحقوق لا يستطيع العاقد الآخر الرجوع على الوكيل الى جانب رجوعه على الموكل ، فيحرم بذلك من الرجوع على من اعتمده للتعامل معه ، وقد يكون اطمأن إليه هو دون الموكل ، بل قد يكون غير عالم بوجود الوكالة أصلا . وفى بعض آخر من حقوق العقد ، وبخاصة فى الرجوع بالثمن فى حالة الشراء بوكيل ، يستطيع العاقد الآخر ، إلى جانب رجوعه على الموكل باعتباره أصيلا ، أن يرجع أيضا على الوكيل باعتباره كفيلا ، فلا يتوجه فى هذه الحالة الاعتراض الذى أمكن أن يتوجه فى الحالة السابقة .

المطلب الثالث

تعاقد الشخص مع نفسه

القاعدة العامة منع تعاقد الشخص مع نفسه :

الأصل فى الفقه الإسلامى ، كالأصل فى القانون المصرى على ما قدمنا ، أن تعاقد الشخص مع نفسه غير جائز .

وتعاقد الشخص مع نفسه له صورتان كما نعلم ، فإما أن يكون من يتولى صيغة العقد من الجانبين أصيلا عن نفسه نائبا عن غيره ، وإما أن يكون نائبا عن الجانبين .

فإذا كان أصيلا عن نفسه نائبا عن غيره ، كمن وكل فى بيع شىء فيبيعه من نفسه ، لم يجز البيع ، لأن ذلك يؤدى إلى تعارض الأحكام . إذ يكون الشخص الواحد طالبا ومطلوبا ، مسلما وقابضا ، مخاصما وخصما ، وهذا

لا يجوز . ولأن التوكيل فى البيع يقتضى البيع ممن يستقصى فى الثمن عليه ، والشخص فى البيع من نفسه لا يستقصى فى الثمن فلم يدخل هذا البيع فى التوكيل ، فكأن الموكل قال لوكيله فى البيع بعه من غيرك . فإذا إذن الموكل لوكيله فى البيع أن يبيع من نفسه ، فلا يعتد بهذا الإذن فى المذهب الحنفى ويبقى البيع غير جائز . أما فى المذهبين المالكى والحنبلى فإذن الموكل يجعل البيع جائزا ، وفى مذهب الشافعى روايتان إحداهما أن البيع لا يجوز حتى مع الإذن وهو المنصوص والأخرى أن البيع يجوز بالإذن . وكبيع الوكيل بالبيع من نفسه بيعه من محجوره ، وكذلك بيعه ممن لا تجوز شهادته له على خلاف فى الرأى .

وأما إذا كان نائبا عن الجانبين . فيبدو أن المذهب الحنفى يمنع هنا أيضاً تعاقد الشخص مع نفسه ، إذ أن حقوق العقد تنصرف فى هذا المذهب إلى الوكيل. فتنصرف إلى الوكيل بالبيع إذا كان موكلا أيضا فى الشراء حقوق متعارضة على النحو الذى سبق بيانه [1] . وفى المذهب المالكى يبدو أن هذا

---

(١) ويذهب الاستاذ محمد أبو زهرة الى هذا الرأى فيقول : « لايصح لشخص ان يعقد عقد بيع بين شخصين ، وتقوم عبارته مقـام عبارتهما . ووجهه ان العاقد فى البيع ومايشبهه ترجع الحقوق اليه ، سواء أكان يعقد بالاصالة أم بالنيابة ، فعليـه تسليم المبيع وله قبض الثمن وغير ذلك من الحقوق . وهذه حقوق متقابلة ، فحق تسليم المبيع يقتضى متسلما وحق قبض الثمن يقتضى مسلما ، والشخص لايتعلق به حقان متقابلان فى زمان واحد . لان ذلك يؤدى الى ان يكون الشخص الواحد فى زمان واحد مسلما ومتسلما ، طالبا ومطلوبا ، وهذا محال .. ولذلك لم يجز ان يكون الشخص الواحد وكيلا من الجانبين فى البيع واشباهه ، ويصلح رسولا من الجانبين لان الرسول لاتلزمه الحقوق فلا يؤدى عمله الى مناقضة للمعقول وكذلك القاضى يتولى العقد من الجانبين ، لان الحقوق فلا يؤدى عمله الى مناقضة للمعقول . فى الشريعة الاسلامية ص ٣٥٢ ــ ص ٣٥٣) . ومع ذلك يجيز الاستاذ احمد ابراهيم العقد اذا كان الوكيل « موكلا من شخص ببيع شىء معين وموكلا من اخر بشراء ذلك الشىء بعينه له » (مذكرة مبتدأة فى بيان الالتزامات وما يتعلق بها من الاحكام فى الشرع الاسلامى ص ١٦٦)

اما عقد الزواج فيجوز لشخص واحد ان يتولى طرفيه ، كان يكون وليا او وكيلا عن الطرفين ، او ان يكون اصيلا او وكيلا بالنسبة الى احد الطرفين مع كونه وليا أو وكيلا بالنسبة —

التعاقد جائز بإذن كل من الموكلين ، قياسا على جواز بيع الوكيل من نفسه بإذن الموكل . وفى مذهب الشافعى نص على أنه إن وكل شخص وكيلا فى بيع عبده ووكله آخر فى شرائه لم يصح أن يتعاقد الشخص مع نفسه ، إذ العقد الواحد فى هذه الحالة يجتمع فيه غرضان متضادان فلم يصح كالبيع من نفسه . وفى المذهب الحنبلى نص على أنه إن وكله رجل فى بيع عبده ووكله آخر فى شراء عبد فقياس المذهب أنه يجوز له أن يشتريه له من نفسه لأنه وكل فى طرفى العقد فجاز له أن يليهما .

النصوص الفقهية :

جاء فى المبسوط للسرخسى (جزء ١٩ ص ٣٢) فى الفقه الحنفى : « ولو باعه الوكيل بالبيع من نفسه أو من ابن له صغير لم يجز ، وإن صرح الموكل بذلك . لأن الواحد فى باب البيع إذا باشر العقد من الجانبين يؤدى إلى تضاد الأحكام، فإنه يكون مستردا مستقضيا قابضا مسلما مخاصما فى العيب ومخاصما ، وفيه من التضاد مالا يخفى . ولو باعه له من ابن له كبير أو امرأته أو واحد ممن لا تجوز شهادته له لم يجز ذلك فى قول أبى حنيفة رحمه الله بمطلق الوكالة أيضا . ويجوز فى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله إلا من عبده ومكاتبه » .

وجاء فى الخرشى (جزء ٦ ص ٧٧ — ص ٧٨) فى الفقه المالكى : « الوكيل على بيع شىء لا يجوز له أن يبيعه من نفسه ولو كان بغير محاباة ، ما لم يكن بحضرة الموكل ، ومالم يسم له الثمن ، ومالم يأذن له فى البيع لنفسه ، وإلا جاز كما قاله الشيخ كريم الدين . وهو حسن فى غير مسألة ما إذا سمى له الثمن ، فإن كلام ابن عرفة يفيد أن المعتمد المنع مع التسمية . وكذلك لا يجوز

= الى الطرف الاخر . ذلك أن الحقوق فى الزواج ـ وتجب اضافته الى الاصيل كما قدمنا ـ ترجع الى الاصيل دون النائب ، فلم تجتمع فى شخص واحد حقوق متعارضة (البدائع ص ١٣٦)

للوكيل أن يبيع ما وكل على بيعه من محجوره من صغير وسفيه وعبده غير المأذون له ، ومثله شريكه المفاوض ، لأنه كنفسه . ومثل البيع لمن ذكر الشراء منه . ولا يمنع الوكيل أن يبيع ما وكل على بيعه من زوجته أو رقيقه الذى لا حجر عليه وهو المكاتب والمأذون له ، إذا كان بلا محاباة . فإن حابى فى ذلك ، بأن باع ما يساوى عشرة بخمسة مثلا ، فإنه لا يجوز ، ويمضى البيع ، ويغرم ما حابى به ، والعبرة بالمحاباة وقت البيع . والفرق بين منع بيعه لمحجوره وجوازه لرقيقه أن المحجور لا يتصرف لنفسه وإنما الولى هو الذى يتصرف له ، فإذا باع له فكأنه باع لنفسه ، بخلاف المأذون له والمكاتب والزوجة فإنهم يستقلون بالتصرف لأنفسهم وينسب إليهم » .

وجاء فى المهذب (جزء أول ص ٣٥٢) فى فقه الشافعى : « وإن وكل فى بيع سلعة لم يملك بيعها من نفسه من غير إذن ، لأن العرف فى البيع أن يوجب لغيره ، فحمل الوكالة عليه . ولأن إذن الموكل يقتضى البيع ممن يستقصى فى الثمن عليه ، وفى البيع لنفسه لا يستقصى فى الثمن فلم يدخل فى الإذن . وهل يملك البيع من ابنه أو مكاتبه ؟ فيه وجهان : أحدهما يملك وهو قول أبى سعيد الأصطخرى ، لأنه يجوز أن يبيع منه ماله فجاز له أن يبيع منه مال موكله كالأجنبى . والثانى لا يجوز وهو قول أبى إسحق ، لأنه متهم فى الميل إليهما كما يتهم فى الميل إلى نفسه ، ولهذا لا تقبل شهادته لهما كما لا تقبل شهادته لنفسه . فإن أذن له فى البيع من نفسه ، ففيه وجهان : أحدهما يجوز ، كما يجوز أن يوكل المرأة فى طلاقها . والثانى لا يجوز وهو المنصوص ، لأنه يجتمع فى عقده غرضان متضادان الاستقصاء للموكل والاسترخاص لنفسه فتمانعا ، ويخالف الطلاق فإنه يصح بالزوج وحده فصح بمن يوكله والبيع لا يصح بالبائع وحده فلم يصح بمن يوكله . وإن وكل رجلا فى بيع عبده ووكله آخر فى شرائه لم يصح ، لأنه عقد واحد يجتمع فيه غرضان متضادان فلم يصح التوكيل فيه كالبيع من نفسه . وإن وكله فى خصومة رجل ووكله الرجل فى خصومته ، ففيه وجهان : أحدهما لا يصح لأنه توكيل فى أمر يجتمع فيه غرضان متضادان

فلم يصح، كما لو وكله أحدهما فى بيع عبده ووكله آخر فى شرائه . والثانى يصح، لأنه لا يتهم فى إقامة الحجة لكل واحد منهما مع حضور الحاكم . فإن وكل عبد الرجل ليشترى له نفسه أو عبداً غيره من مولاه، ففيه وجهان : أحدهما يجوز ، لأنه لما جاز توكيله فى الشراء من غير مولاه جاز توكيله فى الشراء من مولاه . والثانى لا يجوز ، لأن يد العبد كيد المولى ولهذا يحكم له بما فى يد العبد كما يحكم له بما فى يده ، ثم لو وكل المولى فى الشراء من نفسه لم يجز فكذلك إذا وكل العبد . »

وجاء فى المغنى (جزء ٥ ص ١٠٧ — ص ١٠٨) فى الفقه الحنبلى : « من وكل فى بيع شىء لم يجز له أن يشتريه من نفسه فى إحدى الروايتين . . وهو مذهب الشافعى وأصحاب الرأى ... ووجه الرواية الأولى أن العرف فى البيع بيع الرجل من غيره فحملت الوكالة عليها كما لو صرح به فقال بعه غيرك ، ولأنه تلحقه التهمة ويتنافى الغرضان فى بيعه نفسه فلم يجز كما لو نهاه . والوصى كالوكيل لا يلى بيع مال غيره بتوليه فأشبه الوكيل ، أو متهم فأشبه الوكيل بل التهمة فى الوصى آكد من الوكيل ، لأن الوكيل يتهم فى ترك الاستقصاء فى الثمن لا غير والوصى يتهم فى ذلك وفى أنه يشترى من مال اليتيم مالا حظ لليتيم فى بيعه ، فكان أولى بالمنع . . وإن وكله رجل فى بيع عبده ووكله آخر فى شراء عبد ، فقياس المذهب أنه يجوز له أن يشتريه له من نفسه ، لأنه أذن له فى طرفى العقد فجاز له أن يليهما إذا كان غير متهم ، كالأب يشترى من مال ولده لنفسه . ولو وكله المتداعيان فى الدعوى عنهما فالقياس جوازه ، لأنه تمكنه الدعوى من أحدهما والجواب عن الآخر وإقامة حجة كل واحد منهما ، ولأصحاب الشافعى فى المسألة وجهان . وإذا إذن للوكيل أن يشترى من نفسه ، جاز له ذلك ، وقال أصحاب الشافعى فى أحد الوجهين لا يجوز لأنه يجتمع له فى عقده غرضان الاسترخاص لنفسه والاستقصاء للموكل وهما متضادان فتمانعا . ولنا أنه وكل فى التصرف لنفسه فجاز ، كما لو وكل المرأة فى طلاق نفسها، ولأن علة المنع هى من المشترى لنفسه فى محل لاتفاق التهمة

لدلالتها على عدم رضا الموكل بهذا التصرف وإخراج هذا التصرف عن عموم لفظه وإذنه ، وقد صرح ههنا بالإذن فيها فلا تبق دلالة الحال مع نصه بلفظه على خلافه. وقولهم إنه يتضاد مقصوده فى البيع والشراء، قلنا إن عين الموكل له الثمن فاشترى به فقد زال مقصود الاستقصاء وأنه لا يراد أكثر مما قد حصل ، وإن لم يعين له الثمن تقيد البيع بثمن المثل كما لو باع الأجنبى . » .

الاستثناء جواز تعاقد الشخص مع نفسه :

ويجوز إستثناء أن يتعاقد الشخص مع نفسه فى حالتين :

(الحالة الأولى) أن يبيع الأب أو الجد مال الصغير من نفسه أو يبيع ماله من الصغير، ويجوز ذلك ولو بغبن يسير على الصغير لا بغبن فاحش وهذا إذا كان الولى حسن التدبير أو مستور الحال ، فإن كان سيء التدبير فتشترط الخيرية وفسرت بأنها النفع الظاهر وقيل إنها البيع بالضعف أو الشراء بالنصف فى العقار وفى المنقول البيع بزيادة الثلث أو الشراء بنقص الثلث . وإنما جاز ذلك استحسانا لوفور شفقة الأب والجد ، فيفترض أنهما لم يقدما على الصفقة إلا لمصلحة الصغير. والقياس المنع لتعارض المصلحة ولوجوب تعدد العاقد على ماسبق القول ، وهذا هو رأى زفر ، وفى المذهب الحنبلى الجواز للأب دون الجد .

(الحالة الثانية) أن يبيع الوصى المختار من الأب أو الجد مال الصغير من نفسه أو يبيع ماله من الصغير ، ولكن لا يجوز ذلك إلا إذا كان فيه نفع ظاهر للصغير ، أى تشترط الخيرية دائماً فى الوصى ولا تشترط فى الولى إلا إذا كان سيء التدبير كما قدمنا . وإنما جاز ذلك إستحسانا عند أبى حنيفة وأبى يوسف ، لأن قربان مال اليتيم بما فيه نفع ظاهر له هو قربان له على وجه الأحسن فجاز . وكره مالك أن يشترى الوصى من مال اليتيم لنفسه ، فإن فعل أو أجر الوصى نفسه فى عمل يتيم فى حجره ، تعقبه الإمام فما كان خيراً لليتيم أمضاه .

والقياس يأبى جواز ذلك لوجوب تعدد العاقد ولتعارض المصلحة ، وهذا قول محمد فى المذهب الحنفى ، وهو مذهب الشافعى والمذهب الحنبلى .

النصوص الفقهية:

جاء فى البدائع (جزء ٤ ص ١٣٥ — ص ١٣٦) فى الفقه الحنفى :
« لا يصلح الواحد عاقداً من الجانبين فى باب البيع ، إلا الأب فيما يبيع مال نفسه من ابنه الصغير بمثل قيمته أو بما يتغابن الناس فيه عادة ، أو يشترى مال الصغير لنفسه بذلك ، عند أصحابنا الثلاثة استحسانا . والقياس ألا يجوز ذلك ، وهو قول زفر رحمه الله . وجه القياس أن الحقوق فى باب البيع ترجع إلى العاقد ، وللبيع حقوق متضادة مثل التسليم والتسلم والمطالبة ، فيؤدى إلى أن يكون الشخص الواحد فى زمان واحد مسلما ومتسلما ، طالبا ومطالبا ، وهذا محال . ولهذا لم يجز أن يكون الواحد وكيلا من الجانبين فى باب البيع لما ذكرنا من الاستحالة ، ويصلح رسولا من الجانبين لأن الرسول لا تلزمه الحقوق فلا يؤدى إلى الاستحالة . وكذا القاضى يتولى العقد من الجانبين ، لأن الحقوق لا ترجع إليه فكان بمنزلة الرسول . وبخلاف الوكيل فى باب النكاح ، لأن الحقوق لا ترجع إليه ، فكان سفيراً محضاً بمنزلة الرسول . وجه الاستحسان قوله تبارك وتعالى ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتى هى أحسن فيملكه الأب ، وكذا البيع والشراء بمثل قيمته بما يتغابن الناس فيه عادة قد يكون قربانا على وجه الأحسن بحكم الحال، والظاهر أن الأب لا يفعل ذلك إلا فى تلك الحال لكمال شفقته ، فكان البيع والشراء بذلك قربانا على وجه الأحسن. وقوله يؤدى إلى الاستحالة ، قلنا ممنوع فإنه يجعل كأن الصبى باع أو اشترى بنفسه وهو بالغ فتعدد العاقد حكما فلا يؤدى إلى الاستحالة . وأما الوصى إذا باع مال نفسه من الصغير أو

اشترى مال الصغير من نفسه ، فإن لم يكن فيه نفع ظاهر لا يجوز بالإجماع ، وإن كان فيه نفع ظاهر جازعند أبى حنيفة وأبى يوسف . وعند محمد لا يجوز ، لأن القياس يأبى جوازه أصلا من الأب والوصى جميعاً لما ذكرنا من الاستحالة ، إلا أن الأب لكمال شفقته جعل شخصه المتحد حقيقة متعدداً ذاتا ورأيا وعبارة ، والوصى لا يساويه فى الشفقة ، فبقى الأمر فيه على أصل القياس . ولأبى حنيفة وأبى يوسف رضى الله عنهما أن تصرف الوصى إذا كان فيه نفع ظاهر لليتيم قربان ماله على وجه الأحسن ، فيملكه بالنص . قوله لا يمكن إلحاق الوصى بالأب لقصور شفقته ، قلنا الوصى له شبهان شبه بالأب وشبه بالوكيل ، أما شبهه بالوكيل فلكونه أجنبياً وشبهه بالأب لكونه مرضى الأب فالظاهر أنه مارضى به إلا لوفور شفقته على الصغير ، فأثبتنا له الولاية عند ظهور النفع عملا بشبه الاب وقطعنا ولايته عند عدمه بشبه الوكيل عملا بالشبهين بقدر الإمكان » .

وجا فى الحطاب (حزء ٥ ص ٦٩ — ص ٧١) فى الفقه المالكى : « وما اشترى لنفسه من رقيقهم وعقارهم فذلك نافذ ، إلا بالبخس البين فيرد كله ، ومتى قارب الأثمان مضى . وما باعه من مال ولده الصغير محابى فيه ، فإن صغرت المحاباة مضى وكان فى مال الأب كالعطية ، وما عظم رد كله ... وله البيع مطلقا ظاهره ولو من نفسه، وهو كذلك كما تقدم فى كلام النوادر .. وقال ابن سلمون وله أن يشترى مال ابنه لنفسه ، ولا اعتراض عليه فى شىء من ذلك عقاراً كان المال أو سواه، إلا أن يثبت سوء النظر والغبن الفاحش، ثم قال وإن ضمنت العقد أن الثمن ثمن مثله فحسن وإلا فهو محمول على السداد حتى يثبت فيه الغبن . . وكره مالك أن يشترى الوصى من مال اليتيم لنفسه ، فإن فعل أو أجر الوصى نفسه فى عمل يتيم فى حجره ، فإن فعله يتعقبه الإمام ، فما كان خيراً للتيم أمضاه » .

وجاء فى المهذب (جزء أول ص ٣٣٠) فى فقه الشافعى : « وإن أراد أن يبيع ماله بماله، فإن كان أبا أو جدا جاز ذلك ، لأنهما لا يتهمان فى ذلك لكمال شفقتهما . وإن كان غيرهما لم يجز ، لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لايشترى الوصى من مال اليتيم ، ولأنه متهم فى طلب الحظ له فى بيع ماله من نفسه فلم يجعل ذلك إليه » .

وجاء فى المغنى (جزء ٥ ص ١١٢ ص١١٣) : « الأب يجوز أن يشترى لنفسه من مال ابنه الذى فى حجره ويبيع ولده من مال نفسه . وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى ومالك والأوزاعى؛ وزادوا الجد فأباحوا له ذلك. وقال زفر لايجوز ، لأن حقوق العقد تتعلق بالعاقد فلايجوز أن يتعلق به حكمان متضادان ، ولأنه لايجوز أن يكون موجبا وقابلا فى عقد واحد كما لايجوز أن يتزوج بنت عمه من نفسه . ولنا أن هذا يلى بنفسه، فجاز أن يتولى طرفى العقد كالأب يزوج ابنته عبده الصغير والسيد يزوج عبده أمته . ولا نسلم ماذكره من تعلق حقوق العقد بالعاقد لغيره . فأما الجد فلا ولاية له على ابن ابنه على ماسنذكره فى موضعه فينزل منزلة الأجنبى، ولأن التهمة بين الأب وولده منتفية إذ من طبعه الشفقة عليه والميل له وترك حظ نفسه لحظه فلذلك جاز، وفارق الجد والوصى والحاكم وأمينه فإن التهمة غير منتفية فى حقهم . »

* * *

موازنة بين الفقه الإسلامى والفقه الغربى فى نظرية النيابة فى التعاقد

موازنة بين الفقهين فى المسائل الرئيسية لنظرية النيابة فى التعاقد :

الآن وقد فرغنا من نظرية النيابة فى التعاقد فى كل من الفقه الغربى الحديث والفقه الإسلامى ، نعقد موازنة سريعة بين الفقهين فى المسائل الرئيسية لهذه النظرية .

ونبدأ بالقول بأن النيابة فى كل من الفقهين تكون إما نيابة قانونية أو نيابة قضائية أو نيابة اتفاقية، على النحو الذى سبق أن قررناه.

وننظر بعد ذلك فى وجوه الموافقة ووجوه المفارقة بين الفقهين فى المسائل الرئيسية فى نظرية النيابة: شروط تحقق النيابة (٢) الآثار التى تترتب على النيابة (٣) تعاقد الشخص مع نفسه.

شروط تحقق النيابة:

رأينا أن شروط تحقق النيابة فى الفقه الغربى هى:

(١) حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل

(٢) فى الحدود المرسومة للنيابة

(٣) مع تعامل النائب باسم الأصيل.

لحلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل هو الذى يخلع على النيابة سمتها الخاصة، فهذه إرادة شخص ينصرف أثرها إلى شخص آخر. والفقه الإسلامى فى هذا متفق مع الفقه الغربى، ففيه أن العقد يتم بعبارة النائب وهو العاقد، وحكم العقد بل وحقوقه فى بعض المذاهب تنصرف إلى الأصيل. وحلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل هو الذى يميز بين النائب والرسول فى الفقه الغربى. والفقه الإسلامى هنا أيضا يتفق مع الفقه الغربى، فهو يميز تمييزا واضحا بين النائب والرسول. فالرسول لا عمل له الا نقل عبارة المرسل، وهى تنتقل إما بالخطاب وإما بالكتاب وإما بالرسالة، والعقد بالرسالة يتم بعبارة المرسل لا بعبارة الرسول. ومن ثم لم يشترط فى الرسول التمييز إذا كان قادرا قدرة مادية على نقل الرسالة، ولا يعتد فى عيوب الإرادة بإرادته هو بل بإرادة المرسل: وهذا بخلاف النائب، فالعقد يتم بعبارته لا بعبارة الأصيل كما قدمنا، ويشترط فيه التمييز حتى يكون أهلا لصدور العبارة منه، ويعتد فى عيوب الإرادة بإرادته

وفى النية بنيته . وفى هذا كله يتفق الفقه الإسلامى مع الفقه الغربى . كذلك يتفق الفقه الإسلامى مع الفقه الغربى فى أن العبرة بأهلية الأصيل لا بأهلية النائب ، فيجب أن يكون الأصيل وقت تعاقد النائب متوافرا على الاهلية اللازمة للعقد الذى باشره النائب . ويزيد الفقه الإسلامى أن الموكل يجب أيضا أن يكون متوافرا فيه أهلية العقد وقت صدور الوكالة منه ، فتوافر الأهلية فيه شرط بقاء .

ويجب أن تجرى إرادة النائب فى الحدود المرسومة للنيابة . فإذا جاوز النائب هذه الحدود المرسومة ، لم يكن عمله نافذا فى حق الأصيل إلا إذا كان هذا يجيزه . والإجازة تصرف قانونى صادر من جانب واحد وله أثر رجعى ، والإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة . على أنه قد يجاوز النائب حدود النيابة دون علم منه ، فى حالتى عزله أو موت الأصيل دون أن يعلم بالعزل أو بالموت ، فيكون عمله نافذا فى حق الأصيل أو ورثته . ويتفق الفقه الإسلامى مع الفقه الغربى فى ذلك ، مع خلاف فى الرأى فيما يتعلق بعلم النائب بعزله أو بموت الأصيل وقد مر بيان ذلك .

ويجب أن يتعامل النائب باسم الأصيل . فإذا تعامل باسمه الشخصى ، ففى الفقه الغربى تجرى أحكام النظام المعروف بالاسم المستعار ، فتنصرف آثار العقد الذى باشره الوكيل إلى شخصه هو لا إلى شخص الموكل ، وعليه بعد ذلك أن ينقل هذه الآثار إلى الموكل بعقد جديد . أما الفقه الإسلامى فالأصل فيه أن الوكيل يضيف العقد إلى نفسه لا إلى الموكل . ولكن لا مانع مع ذلك من أن يضيف الوكيل العقد إلى الموكل ، بل إن هذا واجب عليه فى الإسقاطات وفى العقود التى لا تتم إلا بالقبض . فإذا أضاف الوكيل العقد إلى الموكل كانت النيابة كاملة فى الفقه الإسلامى ، كما تكون فى الفقه الغربى . وحتى إذا أضاف الوكيل العقد إلى نفسه ، فإن النيابة فى الفقه الإسلامى تبقى قائمة ، بينما هى تختفى فى نظام الاسم المستعار المعروف فى الفقه الغربى .

الآثار التي تترتب على النيابة :

هنا يجب التمييز بين ما إذا كان النائب يعمل باسم الأصيل أو يعمل باسمه الشخصي ، أو كما يقال في الفقه الإسلامي بين ما إذا كان الوكيل قد أضاف العقد إلى الموكل أو أضافه إلى نفسه .

ففي الحالة الأولى تكون النيابة كاملة في الفقه الغربي ، إذ يختفي شخص النائب ، وتقوم العلاقة مباشرة بين الأصيل والعاقد الآخر . فيكسب الأصيل الحقوق المتولدة من العقد الذي باشره النائب ، وتترتب في ذمته الالتزامات التي أنشأها هذا العقد ، فيطالب العاقد الآخر رأسا بهذه الحقوق ويطالبه العاقد الآخر رأسا بهذه الالتزامات . وهذا هو أيضاً شأن الفقه الإسلامي ، لم يقصر عن إدراك مدى النيابة كاملا في هذه الحالة ، ولم يتخلف عن الفقه الغربي خطوة واحدة . فإن الوكيل في الفقه الإسلامي ، إذا أضاف العقد إلى موكله ، انصرف حكم العقد وحقوقه جميعاً إلى الموكل لا إلى الوكيل ، وكانت النيابة كاملة . ومن ثم يختفي شخص الوكيل وتصبح العلاقة مباشرة بين الموكل والعاقد الاخر ، ويرجع الموكل على العاقد الآخر رأسا بما كسبه من حقوق العقد كما يرجع العاقد الآخر على الموكل رأسا بما كسبه هو أيضا من هذه الحقوق . لا فرق في كل ذلك بين الفقه الإسلامي والفقه الغربي الحديث ، فليس هناك شك في أن الفقه الإسلامي قد وصل بنظرية النيابة إلى أبعد مدى وصل إليه الفقه الغربي الحديث .

وفي الحالة الثانية إذا عمل النائب باسمه الشخصي لا باسم الأصيل ، أو كما يقول الفقه الإسلامي إذا أضاف الوكيل العقد إلى نفسه ، فقد رأينا الفقه الغربي يقف بالنيابة عند حدود لا يجاوزها . فالأصل عنده في هذه الحالة أن آثار العقد تنصرف إلى شخص الوكيل لا إلى شخص الموكل ، ومن ثم تنتفي النيابة فلا يكون الوكيل نائبا عن الموكل في تعاقده مع الغير . وتكون الوكالة هنا خالية من النيابة ، وهذا ما يعرف بنظام الاسم المستعار كما سبق

القول . على أن الفقه الغـــربى فى هذه الحالة اعترف بالنيابة فى فرضين استثنائيين : إذا كان العاقد الاخر يعلم أو من المفروض حتما أن يعلم بوجود الوكالة، أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع النائب أو مع الأصيل . ففى هذين الفرضين ينصرف أثر العقد إلى الموكل ، وتقوم العلاقة مباشرة بينه وبين العاقد الاخر ، وهذا بالرغم من أن الوكيل قد عمل باسمه الشخصى . أما فى الفقه الإسلامى ، إذا أضاف الوكيل العقد إلى نفسه ، فإن النيابة تبقى بالرغم من ذلك قائمة ، وقد أجمعت المذاهب الأربعة على أن حكم العقد فى هذه الحالة ينصرف الى الموكل لا الى الوكيل . وفى هذا يتقدم الفقه الإسلامى على الفقه الغربى تقدما ملحوظا ، فقد خطا خطوة لم يخطها لا الفقه الرومانى ولا الفقه الغربى الحديث . أما حقوق العقد فقد اختلفت مذاهب الفقه الإسلامى فى شأنها كما قدمنا ، ففى المذهب الحنفى تنصرف هذه الحقوق الى الوكيل لا الى الموكل ، وفى المذهب المالكى تنصرف الى الوكيل أيضا الا اذا اشترط هذا انصرافها الى الموكل أو كان العاقد الاخر يعلم بوجود الوكالة ، وفى مذهب الشافعى والمذهب الحنبلى تنصرف إلى الموكل لا إلى الوكيل . فوصلت النيابة فى هذين المذهبين الاخيرين الى أبعد مدى يتصور ، بل لعلها جاوزت الحد المأمون كما سيجىء .

تعاقد الشخص مع نفسه :

فى القانون المصرى الاصل هو منع تعاقد الشخص مع نفسه ، وهذا هو الاصل أيضا فى الفقه الإسلامى. فلا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه، سواء بصفته أصيلا عن أحد الجانبين ونائبا عن الجانب الآخر ، أو بصفته نائبا عن الجانبين . والاسباب واحدة فى الفقهين ، فهى وحدة الإرادة وتعارض المصلحة وخروج تعاقد النائب مع نفسه عن حدود نيابته . ومن ثم جاز فى التقنين المصرى هذا التعاقد اذا كان بترخيص سابق أو بإذن

لاحق من الاصيل . واختلفت مذاهب الفقه الإسلامى فى جواز تعاقد الوكيل مع نفسه بإذن الموكل ، فالحنفية لا يجيزون هذا التعاقد ولو بإذن الموكل ، وعند الشافعية رواية بعدم الجـواز ورواية أخرى بالجواز ، والمالكية والحنابلة يجيزون تعاقد الوكيل مع نفسه بإذن الموكل متفقين فى ذلك مع التقنين المدنى المصرى على ما قدمنا .

ويستثنى من منع تعاقد الشخص مع نفسه فى القانون المصرى أن يتعاقد الاب أو الجد مع الصغير بشروط تقدم ذكرها . وفى الفقه الإسلامى يجوز كذلك تعاقد الاب أو الجد أو الوصى المختار من كليهما مع الصغير على التفصيل الذى سبق ايراده ، بل ان القانون المصرى قد استلهم الاستثناء الذى قال به من الفقه الإسلامى بالذات .

تقدير موقف الفقه الإسلامى من نظرية النيابة فى التعاقد :

وبعد هذه الموازنة السريعة بين الفقهين ، يمكن تقدير موقف الفقه الإسلامى من نظرية النيابة فى التعاقد على الوجه الآتى :

أولا — أحسن الفقه الإسلامى كل الإحسان فى صرف حكم العقد وحقوقه إلى الموكل إذا أضيف العقد إليه . فهذه نيابة كاملة ، سبق فيها الفقه الإسلامى الفقه الرومانى وكان هذا الفقه الأخير يقف عند حدود الرسالة لا يتعداها إلى النيابة ، وضاهى الفقه الإسلامى فيها الفقه الغربى الحديث فلم يتخلف عنه خطوة واحدة .

ثانيا — وأحسن الفقه الإسلامى أيضاً كل الإحسان فى صرف حكم العقد إلى الموكل حتى لو أضاف الوكيل العقد إلى نفسه ، فهذه خطوة تقدم بها الفقه الإسلامى على الفقه الغربى الحديث . ففى هذا الفقه الأخير ، إذا تعامل الوكيل باسمه الشخصى ، ولم يكن العاقد الآخر يعلم بوجود الوكالة ولا يستوى عنده أن يتعامل مع الوكيل أو مع الموكل ، فإن حكم العقد ينصرف

إلى الوكيل لا إلى الموكل ، وذلك فى غير ضرورة . نقول فى غير ضرورة ، لأن الفقه الإسلامى قد قضى حاجة الضرورة فى صرف حقوق العقد فى بعض مذاهبه إلى الوكيل دون الموكل ، وحقوق العقد هى التى تعنى العاقد الآخر الذى تعامل مع الوكيل معتقداً أنه يتعامل مع أصيل فى التعاقد . فمتى انصرفت هذه الحقوق إلى الوكيل فقد استقر التعامل ، ولم تعد هناك حاجة إلى صرف الحكم أيضا إلى الوكيل ثم ينقله الوكيل بعد ذلك إلى الموكل بعقد جديد كما يفعل الفقه الغربى . والسديد هو الذى فعله الفقه الإسلامى ، فقد صرف حكم العقد رأسا إلى الموكل . فسبق بذلك الفقه الرومانى الذى كان لايعترف بالنيابة فى هذه الحالة إلا فى المديونية دون الدائنية ، بل سبق أيضا الفقه الغربى الحديث على النحو الذى سبق بيانه .

ثالثا — أما حقوق العقد ، حين يضيف الوكيل العقد إلى نفسه ، فقد اختلفت فى شأنها مذاهب الفقه الإسلامى كما سبق القول . فالمذهب الحنفى يمعن فى الحذر ، ويصرف حقوق العقد إلى الوكيل دون الموكل لأن الوكيل هو الذى تعامل معه العاقد الآخر . فهذا المذهب يفرض دائما أن العاقد الآخر إنما أراد التعامل مع الوكيل دون الموكل ما دام الوكيل قد أضاف العقد إلى نفسه ، غير ملق بالا إلى احتمال أن يكون العاقد الآخر قد علم بوجود الوكالة وارتضى التعامل مع الموكل دون الوكيل ، بل غير مفسح مجالا للوكيل فى أن يصرح للعاقد الآخر ببراءته من حقوق العقد فتنصرف هذه الحقوق إلى الموكل مادام العاقد الآخر قد ارتضى هذا التصريح . فإضافة الوكيل العقد إلى نفسه فى المذهب الحنفى وضع مادى ، ينتج أثره القانونى مجرداً عما يحيطه من ملابسات ذاتية . وعلى النقيض من المذهب الحنفى الذى يمعن فى الحذر ، يمعن مذهب الشافعى والمذهب الحنبلى فى الترخص . فهما يرجعان حقوق العقد إلى الموكل ، دون أن يتحوطا لاحتمال أن يكون العاقد الآخر غير عالم بالوكالة وقد اعتمد على شخص الوكيل ، وذلك فيما عدا الرجوع بالثمن فقد جعلا فيه الموكل أصيلا والوكيل كفيلا كما مر القول .

والمذهب الذى ترخص بقدر ما تحوط ، فكان مذهبا عمليا سديدا ، هو المذهب المالكى . فقد صرف حقوق العقد إلى الوكيل دون الموكل ، فأرضى بذلك جانب التحوط حتى لا يفاجأ العاقد الآخر بتعامله مع الموكل وهو شخص لم يعرفه وقد لا يطمئن إلى التعامل معه . ولكنه استثناء صرف هذه الحقوق إلى الموكل إذا صرح الوكيل بالبراءة منها أو إذا علم العاقد الآخر بوجود الوكالة ، فأرضى بذلك جانب الترخص . وهذه هى الغاية فى السداد .

فهرس

الباب الثانى

آثار العقد

الفصل الأول

الصفحة

آثار العقد بالنسبة الى الاشخاص

صفحة

صفحة

صفحة

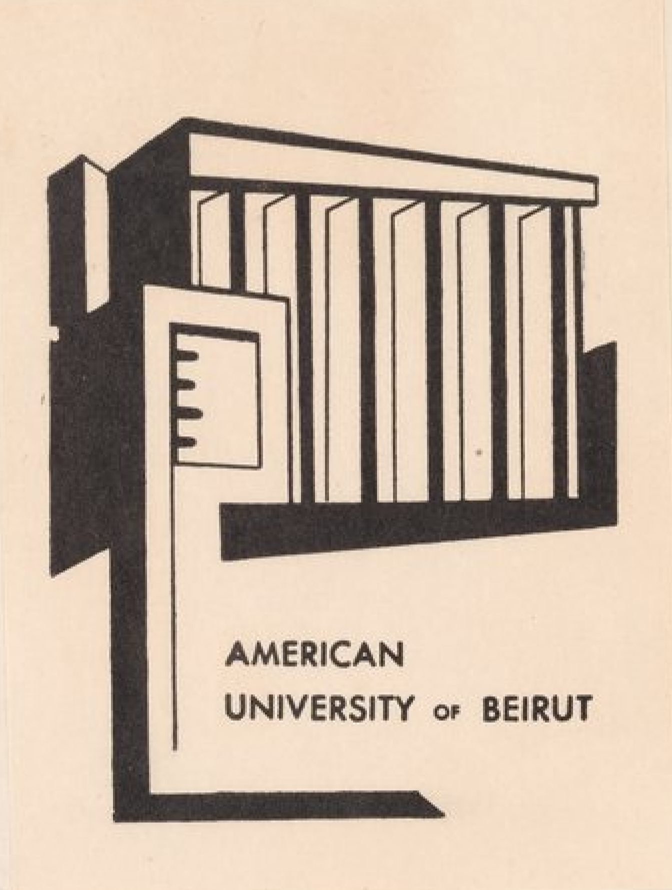
صفحة

صفحة

صفحة

❋ ❋ ❋




AMERICAN
UNIVERSITY OF BEIRUT